جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسن النجفي

(المتوفى سنة ١٢٦٦هـ)

٣٣

بسم الله الرحمن الرحيم

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى (صاحب جواهر)

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام المجلد ۳۳

اشاره

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جواهرالکلام[چاپ سنگی]/محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛نویسنده متن:علامه حلی؛کاتب:ابوالقاسم خوانساری؛مصحح:موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]:، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.]،ج۱؛قطع:۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز:بسمله... الحمدلله الذی ختم الشرایع باسمهما طریقه و اوضحها حقیقه و اظهرها برهانا ... و بعد فیقول العبد القاصر العاثر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله الیهما ...

انجام:... الاصحاب الثانی و الله اعلم الحمدلله اولا و آخرا و ظاهرا و باطنا علی ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المکرم من سنه۱۲۷۴ق.و انا الفقیر الی الله الغنی ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت:۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تز ئینات جلد:جلد مقوایی،روکش تیماج قهوه ای،عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق:تصحیحاتی اندک با نشان«صح» و توضیحاتی اندک با نشان«منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک:یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی "بسم الله الرحمن الرحیم و قد انتقل ذلک الکتاب مع مجلداته الاخر التی کانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه تومانا المقابل ۱۵۰۰ریالا ـ و وقع هذا الانتقال فی یوم الخامس المطباق با یوم الثانی من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن" (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد.نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهاه است،و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی،جعفر بن حسن۶۰۲-۶۷۶ق.-شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام--نقد وتفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی،جعفر بن حسن،۶۰۲-۶۷۶ق.شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام.شرح

خوانساری،ابوالقاسم،قرن ۱۳ق.کاتب

طهرانی،موسی،قرن ۱۳ق.مصحح

حسینی،فروشنده

ج۳۳، ص: ۱

[تتمه القسم الثالث فی الإیقاعات]

[کتاب الخلع و المباراه]

اشاره

كتاب الخلع و المبارأه بضم الخاء من الخلع بفتحها الذى هو بمعنى النزع لغه، و شرعا إزاله قيد النكاح بفديه من الزوجه و كراهه منها له خاصه دون العكس، و كأنه لأن كلا منهما لباس الآخر كما قال سبحانه(۱)«هُنَّ لِباسٌ لَكُمْ وَ أَنْتُمْ لِباسٌ لَهُنَّ» فخلعه إياها نزع منه لها، و المخالعه بينهما تكون بذلك منه و بفدائها نفسها و كراهتها له.

هذا و فى كشف اللثام «و مختلعه» بمنزله «طالق» لا «مطلقه» و كأنه أشار بذلك إلى دفع ما يقال من المنافاه بين ذلك و بين ما تقدم من عدم جواز الطلاق بقول:

«أنت مطلقه» و وجه الدفع إما بقراءتها بكسر اللام حتى تكون بمنزله «أنت طالق» أو أن المراد أنها بهذا المعنى و إن كانت بفتح اللام، كما عساه ظاهر الكفايه، و الأولى اختيار صيغه الماضى.

و كيف كان فالمبارأه بالهمز و تقلب ألفا لغه المفارقه، يقال: بارأ الرجل ريكه إذا فارقه، و شرعا إزاله قيد النكاح بفديه منها مع كراهه من الجانبين.

و كيف كان فشرعيه الخلع ثابته كتابا و سنه و إجماعا من المسلمين قال الله

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۱۸۷.

تعالی(۱)«فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا یُقِیما حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُناحَ عَلَیْهِما فِیمَا افْتَدَتْ بِهِ» و أما السنه من طریق الخاصه فمتواتره(۲)و ستسمع طرفا منها فی أثناء المباحث، بل لعلها من طرق العامه أیضا کذلک، منها ما

روی عن ابن عباس (۳)«أنها جاءت امرأه ثابت بن قیس بن شماس إلی رسول الله صلی الله علیه و آله و هی بنت عبد الله بن أبی، و کان یحبها و تبغضه، فقالت: یا رسول الله صلی الله علیه و آله لا أنا و لا ثابت، و لا یجمع رأسی و رأسه شی ء، و الله ما أعیب علیه فی دین و لا خلق، و لکن أکره الکفر بعد الإسلام ما أصفه بغضا، إنی رفعت جانب الخباء فرأیته أقبل فی عده فإذا هو أشدهم سوادا و أخصرهم قامه و أقبحهم وجها، فنزلت الآیه، و کان قد أصدقها حدیقه، فقال ثابت:

یا رسول الله ترد الحدیقه، فقال رسول الله صلی الله علیه و آله: ما تقولین؟ فقالت: نعم و أزیده، فقال: لا حدیقته فقط، فاختلعت منه»

و ربما یستفاد من هذا و غیره عدم المرجوحیه الشرعیه فیه.

بل ربما حکی عن الشیخ و أبی الصلاح و ابن البراج و ابن زهره وجوب الخلع عند تحقق موضوعه، قال الشیخ فی النهایه: «إنما یجب الخلع إذا قالت المرأه لزوجها: إنی لا أطیع لک أمرا، و لا أقیم لک حدا، و لا اغتسل لک من

جنابه، و لأوطئنّ فراشک من تکرهه إن لم تطلقنی، فمتی سمع منها هذا القول و علم من حالها عصیانها فی شی ء من ذلک و إن لم تنطق به وجب علیه خلعها» و احتج له بأن النهی عن المنکر واجب، و إنما یتم بهذا الخلع، فیجب، و أجیب بمنع المقدمه الثانیه.

و ربما حمل کلام الشیخ علی شده الاستحباب، بل فی الحدائق حمل الوجوب

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱ و غیره- من کتاب الخلع و المباراه.

۳- ۳ کنز العمال ج ۳ ص ۲۲۴ مع الاختلاف فی اللفظ و ذکره الرازی فی تفسیره ذیل الآیه ۲۲۹ من سوره البقره- ج ۲ ص ۳۷۵- ط عام ۱۳۰۷ مرسلا مع الاختلاف فی صدر الحدیث و کذلک الطبری فی تفسیره عن ابن عباس ج ۲ ص ۴۶۱ ط عام ۱۳۷۳ و فیه« أخت عبد الله بن أبی» مع الاختلاف فی ذیل الحدیث أیضا.

فی کلامه علی الثبوت، بمعنی أنه لا یشرع و لا یثبت إلا بعد هذه الأقوال، نحو ما تضمنته

النصوص (۱)من أنه «لا یحل له خلعها حتی تقول ذلک»

و لیس فی شی ء منها أمر بذلک. و علی کل حال فلا ریب فی ضعفه و منافاته أصول المذهب و قواعده.

[کتاب الخلع]

اشاره

و کیف کان ف النظر فی الصیغه و الفدیه و الشرائط و الأحکام،

[النظر الأول فی الصیغه]

اشاره

أما الصیغه ف اللفظ الصریح فیه أن یقول: خلعتک علی کذا، أو فلانه مختلعه علی کذا بلا خلاف أجده فی المقام و إن توقفوا فی الجمله الاسمیه فی العقود، بل قد عرفت الخلاف فی «أنت مطلقه» فی الطلاق، و إن کان التحقیق عندنا ما سمعته غیر مره من عدم الاقتصار علی

لفظ مخصوص ماده أو کیفیه، بل یکفی کل ما دل علی إنشاء الخلع من لفظ صریح فی نفسه أو بالقرینه، کما أشبعنا الکلام فیه فی مقامات متعدده، و لعل وفاقهم علی الجمله الاسمیه هنا مما یؤیده، إذ لا دلیل بالخصوص علیها فی المقام الذی هو کغیره بالنسبه إلی ذلک، بل و ما تسمعه من جمیل من الاکتفاء بقول: «نعم» بعد سؤال الرجل ذلک، بل و غیر ذلک مما سمعته فی محله، فلا فائده فی التکرار، و إن کان الاحتیاط لا ینبغی ترکه، فیقتصر علی خصوص ما ذکره الأصحاب من الصیغ الخاصه فی کل باب.

و علی کل حال ف هل یقع الافتراق بمجرده من دون اتباع بطلاق؟ المروی مستفیضا صحیحا و غیره نعم

قال الباقر علیه السلام فی خبر زراره(۲): «لا یکون الخلع حتی تقول: لا أطیع لک أمرا، و لا أبر لک قسما، و لا أقیم لک حدا، فخذ منی و طلقنی، فإذا قالت ذلک فقد حل له أن یخلعها بما تراضیا به من قلیل أو کثیر، و لا یکون ذلک إلا عند سلطان، فإذا فعلت ذلک فهی أملک بنفسها من غیر أن یسمی طلاقا».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الخلع و المباراه.

۲- ۲ ذکر صدره فی الوسائل فی الباب- ۴- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۵ و ذیله فی الباب- ۳- منه الحدیث ۱۰.

و قال الصادق علیه السلام فی صحیح الحلبی(۱): «عده المختلعه عده المطلقه، و خلعها طلاقها، و هی تجزئ من غیر أن یسمی طلاقا».

و فی

صحیح سلیمان بن خالد(۲)«قلت له: أ رأیت إن هو طلقها بعد ما خلعها أ یجوز؟ قال: و لم یطلقها و قد کفاه الخلع؟ و لو کان الأمر إلینا لم نجز طلاقها».

و فی

صحیح ابن بزیع (۳)«سألت أبا الحسن الرضا علیه السلام عن المرأه تبارئ زوجها أو تختلع منه بشهاده شاهدین علی طهر من غیر جماع هل تبین منه بذلک أو هی امرأته ما لم یتبعها بالطلاق؟ فقال: تبین منه و إن شاءت أن یرد إلیها ما أخذ منها و تکون امرأته فعلت، فقلت: إنه قد روی أنه لا تبین منه حتی یتبعها بطلاق، قال: لیس ذلک إذا خلعا، فقلت: تبین منه؟ قال: نعم».

و صحیحه الآخر(۴)عنه علیه السلام «سألته عن المرأه تبارئ زوجها أو تختلع منه بشاهدین علی طهر من غیر جماع هل تبین منه؟ فقال: إذا کان ذلک علی ما ذکرت فنعم، قال: قلت: قد روی لنا أنها لا تبین منه حتی یتبعها بالطلاق، قال:

فلیس ذلک إذا خلعا، فقلت تبین منه؟ قال: نعم».

و قال الصادق علیه السلام (۵): «المختلعه التی تقول لزوجها: اخلعنی و أنا أعطیک ما أخذت منک، فقال: لا یحل له أن یأخذ منها شیئا حتی تقول: و الله لا أبر لک قسما، و لا أطیع لک

أمرا، و لآذنن فی بیتک بغیر إذنک، و لأوطئن فراشک غیرک، فإذا فعلت ذلک من غیر أن یعلمها حل له ما أخذ منها، و کانت تطلیقه بغیر طلاق یتبعها، و کانت بائنا بذلک، و کان خاطبا من الخطاب»

إلی غیر ذلک من النصوص

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۴.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۸.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۳- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۹.
۴- ۴ أشار إلیه فی الوسائل الباب- ۳- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۹ و ذکره فی الکافی ج ۶ ص ۱۴۳.
۵- ۵ ذکر صدره فی الوسائل فی الباب- ۱- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۴ و ذیله فی الباب- ۳- منه الحدیث ۳.

بالخصوص.

مضافا إلى ما دل (۱)على حصول البينونه بـالخلع الصـادق على المجرد عن الطلاـق قطعا، إذ القائل باتباع الطلاق لا يجعله داخلا فى مفهومه، و إنما هو من شرائط البينونه أو جزء سببها الذى هو الخلع المتبع بالطلاق.

بل ربما اسـتظهر من صـحيح ابن بزيع- بناء على نسـخه النصب، بل و نسخه الرفع مع إضمار ضمير الشأن اسما لليس- اعتبار عدم اتبـاع الطلاـق فى مفهومه، و من هنـا يكون جعل قراءه «خلع» فعلا و جعل «إذا» شـرطا أولى، على معنى أن ذلک ليس شـرطا إذا خلع، بخلاـف ما إذا بارأ و إن كان قـد يناقش بأن كون المراد اعتبار اتباع الطلاق فى الخلع ينافى كون ذلک خلعا، لما سـتعرف من أن الخلع طلاق، لا أن المراد خروجها عن الخلع باتباع الطلاق، بل أقصاه كون الطلاق حينئذ لغوا.

و ربما كان ذلک تعريضا بمن عمل بالروايه المزبوره من العامه، بل لعل

قوله عليه السلام: «لو كان الأمر إلينا»

إلى آخره إشاره إلى ذلک، أو إلى عدم مشروعيه طلاق المختلعه من دون الرجوع بالفديه و الرجوع بالطلاق منه.

و على كـل حال فلا محيص عن العمل بالنصوص المزبوره بعـد ما عرفت، خصوصا بعـد انجبارها بالشـهره العظيمه، بل يظهر من المحكى عن المرتضى الإجماع عليه.

و قال الشـيخ: لا يقع حتى يتبع بالطلاق و تبعه ابنا زهره و إدريس مدعيا أولهما الإجماع عليه، بل قال الشيخ: هو مذهب جعفر بن سماعه و الحسن بن سـماعه و على بن رباط و ابن حـذيفه من المتقـدمين، و مذهب على بن الحسن من المتأخرين، و أما الباقون من فقهاء أصحابنا المتقدمين فلست أعرف لهم فتيا فى العمل به.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ۶ و ۹.

و على كل حال فلا دليل إلا الأصل المقطوع، و الإجماع الممنوع، و الاحتياط الذى لا تجب مراعاته، و

خبر موسى بن بكر(١)عن الكاظم عليه السلام قال: «قال على عليه السلام: المختلعه يتبعها الطلاق ما دامت فى العده»

الضعيف سندا القاصر دلاله، ضروره احتمال كون المراد منه جواز أن تطلق مره أخرى ما دامت فى العده، و ذلك بأن ترجع فى البذل فيراجعها الزوج ثم يطلقها، بل لعله أولى من دعوى إراده اتباع الخلع الطلاق ما دامت فى العده الذى لا يقول به الخصم، إذ هو يعتبر

اتباع صيغته بصيغته، لا أنه يطلقها فى العده.

و أعجب من ذلك حمل تلك النصوص الكثيره على التقيه لمكان معارضه الخبر المزبور، مستدلين على ذلك ب

قول الصادق عليه السلام لزراره(٢): «ما سمعت منى يشبه قول الناس فيه التقيه، و ما سمعت منى لا يشبه قول الناس فلا تقيه فيه»

إذ لا يخفى عليك أن ذلك مع معارضتها بما لا يشبه قول الناس، و ليس إلا الخبر المزبور الذى قد عرفت حاله.

و أغرب من ذلك استدلال ابن سماعه و غيره بأنه «قد تقرر عدم وقوع الطلاق بشرط، و الخلع من شرطه أن يقول الرجل إن رجعت فيما بذلت فأنا أملك ببضعك فينبغى أن لا تقع به فرقه» إذ هو كما ترى ممنوع أصلا و تفريعا، بل ذلك من أحكامه لا من شرائطه، و على تقديره فليس هو شرطا فى الخلع على وجه ينافى تنجيزه، و إنما هو اشتراط أمر آخر كما تسمعه فى المباراه بناء على اشتراط قول ذلك فيها.

و من ذلك يعلم ضعف فقاهه ابن سماعه و أن جميلا كان أفقه منه، فإنه قد

روى جعفر(٣)أخوه «أن جميلا شهد بعض أصحابنا و قد أراد ان يخلع ابنته من بعض أصحابنا، فقال جميل للرجل: ما تقول؟ رضيت بهذا الذى أخذت

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ٧ عن عبيد بن زراره.

٣- ٣ الكافى ج ۶ ص ۱۴۱.

و ترکتها؟ فقال: نعم، فقال لهم جمیل: قوموا، فقالوا: یا أبا علی لیس یرید یتبعها بالطلاق؟ فقال: لا».

و کیف کان ففی المسالک و کشف اللثام لا یقع عندنا بفادیتک مجردا عن لفظ الطلاق، و لا فاسختک و لا أبنتک (بتتک خ ل) و نحوها لأنها کنایات فلا یقع بها کالطلاق، لأصاله بقاء الزوجیه، خلافا للعامه فأوقعوه بجمیع ذلک، و جعلوها کنایات تتوقف علی النیه، و بعضهم جعل اللفظین الأولین صریحین فیه، لورود الأولی فی قوله تعالی (۱)«فَلا جُناحَ عَلَیْهِما فِیمَا افْتَدَتْ بِهِ» و لأن الثانیه أشد دلاله علی حقیقته من لفظ الخلع بناء علی أنه فسخ، و علی تقدیر کونه طلاقا فهو کنایه قطعا.

و یضعف الأول بأن مجرد و روده فی القرآن أعم من کونه صریحا، و لأنه لم یتکرر و لا شاع فی لسان أهل الشرع، فلا یلحق بالصریح، و مثله ورود الإمساک فی الرجعه(۲)و التسریح فی الطلاق (۳)و فک الرقبه فی العتق (۴)فإنها إطلاقات خفیه لا تظهر فی تلک المعانی إلا بانضمام القرائن.

قلت: کأن هذا الکلام مناف لما ذکره فی غیر مقام من کتابه- حتی فی المقام- من عدم اعتبار ألفاظ خاصه، و عدم کونها بلفظ الماضی، و قیاس المقام علی الطلاق الوارد

فیه (۵)لفظ الحصر المراد منه التعریض بما عند العامه من الکنایات و غیره مع حرمته عندنا مع الفارق کما عرفت، و انضمام القرائن مع إفاده أصل المعنی الذی هو إنشاء معنی الخلع غیر قادح، کما هو واضح لمن أحاط خبرا بما قدمنا هنا و هناک، اللهم إلا أن یکون إجماعا هنا بالخصوص.

و کذا لا یقع بالتقایل الذی قد عرفت عدم مشروعیته فی عقد النکاح الذی قام الطلاق و الخلع مقامه فیه، نعم لو قال الزوج بعد بذل

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۹.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۹.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۹.

۴- ۴ سوره البلد: ۹۰- الآیه ۱۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب مقدمات الطلاق من کتاب الطلاق.

المرأه: «أقلتک علی ما بذلت» مریدا به معنی الخلع و لو مجازا بقرینه إن صح ففیه البحث السابق.

و کیف کان ف بتقدیر الاجتزاء بلفظ الخلع هل یکون فسخا أو طلاقا؟ قال المرتضی و تبعه المشهور هو طلاق بل ظاهر ناصریات المرتضی أو صریحه الإجماع علیه بعد أن حکی عن بعض المخالفین أنه فسخ و مع ذلک هو المروی فی المعتبره المستفیضه(۱)التی مر علیک شطر منها، و

فی بعضها «خلعها طلاقها»(۲)

و فی آخر «و کانت عنده علی تطلیقتین»(۳)

و فی الثالث «و کان تطلیقه بغیر طلاق یتبعها»(۴)

و فی رابع «الخلع و المبارأه تطلیقه بائن و هو خاطب من الخطاب»(۵)

إلی غیر ذلک.

و قال الشیخ: الأولی أن یقال فسخ لأنه لیس بلفظ الطلاق، و هو لا یقع عندنا بالکنایه، و لأنه لو کان طلاقا لکان رابعا فی قوله تعالی (۶)«فَلا جُناحَ عَلَیْهِما» لأن قبله «الطَّلاقُ مَرَّتانِ» إلی آخرها، و بعده «فَإِنْ طَلَّقَها فَلا تَحِلُّ لَهُ» إلی آخرها، فذکر تطلیقتین و الخلع تطلیقه بعدها، و لأنها خلت من صریح الطلاق و نیته فکان فسخا کسائر الفسوخ و هو من الشیخ ره تخریج علی القول بوقوعه مجردا، لما عرفت من أن مذهبه الاتباع بالطلاق، و رده غیر واحد بالنصوص المزبوره(۷).

و علی کل حال ف قد فرعوا علی ذلک أن من قال هو فسخ لم یعتد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳ و ۵ و ۱۰- من کتاب الخلع و المبارأه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۳- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۵- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۲.

۶- ۶ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۹.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۳- من کتاب الخلع و المبارأه.

به فی عدد الطلقات بخلاف القائل بکونه طلاقا.

قلت: کأن هذا البحث ساقط عندنا، لتظافر نصوصنا(۱)بکونه طلاقا، بل الفتاوی أیضا کذلک، بل لو قلنا: إنه فسخ أمکن دعوی إجراء حکم الطلاق علیه للنصوص المزبوره بالنسبه إلی ذلک و غیره، و من هنا لم نعرف القائل

بذلک من أصحابنا، نعم مع قطع النظر عن النصوص المزبوره یتجه ما ذکره الشیخ، لأنه سبب آخر من أسباب الفراق، خصوصا بعد أن أفردوا له کتابا غیر کتاب الطلاق الذی قد عرفت أنه الفراق بقول: «أنت طالق» و من هنا یظهر لک الحال علی التقدیرین بحیث یسقط القول الآخر.

کما أن ما فی المسالک- من أن «هذا الخلاف متفرع علی الخلاف السابق فإنا إن اعتبرنا اتباعه بالطلاق فالمعتبر فی رفع النکاح هو الطلاق، و إضافه الخلع إلیه قلیله الفائده، لأن تملک المال یحصل بالطلاق فی مقابله العوض، بل بنیته مع سؤال المرأه»- لا یخلو من إجمال، ضروره إمکان دعوی القائل أن الخلع هو المملک لکن بشرط الطلاق، کما أنه یمکن جعل المجموع سببا، بل یمکن القول بتوقف الفراق خاصه علی الطلاق الذی لا یصلح للتملیک المحتاج إلی إنشاء من الطرفین، و لعل هذا الاحتمال کاف فی فساد هذا القول.

و کیف کان ف یقع الطلاق مع الفدیه بائنا و إن انفرد عن لفظ الخلع و ذلک لأن المحصل من النص (۲)و الفتوی بل و آیه الفدیه(۳)التی هی فی البذل للطلاق کون الخلع نوعا خاصا من الطلاق الذی لا ینافیه التعریف المزبور المحمول علی إراده الطلاق المقابل للخلع و المباراه، لا المعنی الأعم الشامل لهما و إن اختص بلفظ «خلعت» عن باقی أفراد الطلاق، إلا أنه لا ینافی وقوعه بصیغه الطلاق بعد أن کان فردا، إذ هو حینئذ کالسلف فی البیع فی کونه فردا خاصا منه، حتی إذا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳ و ۱۰- من کتاب الخلع و المباراه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۲.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۹.

قلنا بعدم جواز عقد البيع غير السلم بلفظ «أسلمت» و «أسلفت» يجوز عقده بصيغه البيع، بل الظاهر عدم احتياجه إلى قصد السلميه بعد أن يكون الموضوع موضوعها، لعدم كونه ماهيه أخرى حتى يحتاج إلى قصدها، بل يكفى فى كونه سلما قصد البيعيه و كون الموضوع موضوع السلم قصده أو لم يقصده، بخلاف الماهيات المختلفه، فإنه مع اتحاد المورد فيها لا بد فى ترتب كل واحد منها بالخصوص من قصد الخصوصيه، و لا يكفى قصد المعنى المشترك بينها.

ففى المقام إذا أوقع الطلاق بالفديه مع الكراهه كان خلعا قصده أو لم يقصده بعد أن عرفت أنه قسم خاص منه، فيكفى فى تحققه حينئذ قصد الطلاق فيما هو موضوع الخلع و إن لم يقصد الخلع، كما يكفى فى كون البيع سلما قصد البيع فيما هو موضوع السلم و إن لم يقصد السلميه، و من هنا كانت جميع شرائط الطلاق شرائط الخلع و لا عكس، كالسلم بالنسبه إلى البيع.

كما أنه بذلك يظهر أنه لا وجه لدعوى أعميه الطلاق بالعوض من الخلع فيشترط الكراهه فى الثانى دون الأول، كما وقع من ثانى الشهيدين فى المقام و غيره، ضروره عدم الدليل، بل ظاهر الأدله خلافها، منها المعتبره المستفيضه الداله على عدم حليه أخذ شى ء من المرأه مع عدم الكراهه(۱)و إطلاق أدله الطلاق لا يقتضى

مشروعيته مع العوض و إن لم تكن كراهه، خصوصا بعد عدم قابليه الطلاق للتمليك المنافى لأصاله بقاء المال على ملك مالكه، و لذا لم يقبل شرطيه تمليك شى ء من الأشياء، لا من طرف المطلق و لا المطلقه، و هو واضح، و سيأتى لك زياده تحقيق لذلك، و إن كان مما ذكرنا يظهر لك النظر فى كلام جمله من الأساطين فضلا عن غيرهم، و حينئذ فيمكن إراده المصنف ما ذكرنا.

بل لعله أيضا هو مراد غيره ممن صحح وقوع الخلع بصيغه الطلاق، بل فى كشف اللثام عن المبسوط نفى الخلاف فيه، لا أن المراد وقوعه بصيغه الطلاق مقصودا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من كتاب الخلع و المباراه.

بهـا الخلع على معنى أنهـا صـيغه أخرى له، ضـروره أن ذلـک يتم لو جعلنـا ماهيته غير ماهيه الطلاق، و الفرض أنه منه نصـا(۱)و فتوى، حتى عدوه فى أقسام الطلاق البائن سابقا. و بذلک يظهر لک ما فى قول المصنف.

[فروع]

[الأول لو طلبت منه طلاقا بعوض فخلعها مجردا عن لفظ الطلاق لم يقع]

الأول:

لو طلبت منه طلاقـا بعوض فخلعها مجردا عن لفظ الطلاق لم يقع على القولين أى القول بأن الخلع فسـخ، و القول بأنه طلاق، أما الأول فواضـح، ضـروره أنه غير ما طلبته، و أما الثانى ففى المسالک «لأنه و إن جعلناه طلاقا لكنه طلاق مختلف فيه، و ما طلبته لا خلاف فيه، فظهر أنه خلاف مطلوبها على القولين».

و فيه أن الخلاف فيه لا ينافى كونه مصـداقا لما طلبته بعـد تنقيـح الحال فيه، و هو ثمره النزاع، كالنذر و اليمين و غيرهما، و ليس معنى «طلقنى بعوض» أى اخلعنى بصـيغه «أنت طـالق بكـذا» بـل المراد حصول الطلاـق بـالعوض الـذى لاـ فرد له إلاـ الخلع على الأصـح، فهو عين ما طلبته، اللهم إلا أن يدعى انسـياق الصـيغه المخصوصه لكنها واضـحه المنع، فإن أحدا لا يتخيل من قول: «بع لى هـذا الكتـاب» مثلاـ إراده نقله بيعـا بصـيغه «بعت» بحيث لو بـاعه بغيرهـا كان غير موكل فيه، و الفرض أنه بيع كما هو واضـح بأدنى التفات، و هـذا أحـد المقامات التى أشـرنا سابقا إلى عـدم تنقيـح الحال فيها عندهم، و إلا فلا إشـكال فى حصول ما سألته بالخلع بناء على أنه طلاق بعوض.

و لو طلبت خلعا بعوض فطلق به لم يلزم البـذل على القول بوقوع الخلع بمجرده فسـخا لأنه حينئذ مباين للطلاق و يلزم على القول بأنه طلاق أو أنه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ۳.

یفتقر إلی الطلاـق و ذلـک لکون الطلاـق الـذی وقع مع فرض حصول موضوع الخلع خلعـا منطبقـا علی سؤالها أو مع زیاده، و لا یخفی علیک أن ذلک بعینه جار فی الأول بعد ما ذکرنا.

[الثانی لو ابتدأ فقال أنت طالق بألف أو و علیک ألف صح الطلاق رجعیا]

الثانی:

لو ابتـدأ فقال للکارهه أنت طالق بألف أو و علیک ألف لم یصـح خلعا مع عـدم قبولها نعم صح الطلاق رجعیا فی قول سـتعرف تحقیقه و لم یلزمها الألف و لو تبرعت بعد ذلک بضمانها أی الالتزام بها- لم ینفع فی صحته خلعا لأنه ک ضمان ما لم یجب فی عـدم الالتزام به، لتظافر النص (۱)و الفتوی بـأن موضوع الخلع تقـدم فـدائها، و ألحق به مقارنته للطلاق بالعوض، و علی کل حال فالتزامهـا به بعـد ذلک خارج عن موضوع الخلع و إلا لبقی موقوفا إلی زمن رضاها أوردها، و هو معلوم البطلان، لأن الفضولیه لا تجری فیه.

و حینئـذ ف لو دفعتها إلیه بعـد مضـی زمان القبول إن صـح کانت هبه مسـتأنفه و إلا کان دفعا فاسدا، و وجب رد المال إلیها إذا کانت قد دفعتها فدیه و لا تصیر المطلقه بدفعها بائنه (۱۱) حینئذ، لخروجها عن کونها فدیه بها یصیر الطلاق بائنا.

و بالجمله ظاهر الأصـحاب أنه یعتبر فی صـیغه الخلع وقوعها علی جهه المعاوضه بینه و بین الزوجه، و یتحقق ذلک بأحـد أمرین: تقدم

سؤالهـا ذلـک علی وجه الإنشـاء له، بأن تقول مثلا: «بـذلت لک کـذا علی أن تخلعنی» مثلا فیقول: «خلعتک علی ذلک» مثلا أو «أنت طالق بذلک» أو مجردا ناویا العوض، و الثانی ابتداؤه به مصرحا بذکر العوض، فتقبل المرأه بعده بلا فصل ینافی المعاوضه، و بدون ذلک یقع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱ و ۳- من کتاب الخلع و المباراه و الباب- ۷- منه الحدیث ۴.

الخلع باطلا، بل لا أجد فيه خلافا بينهم.

نعم أطنب فی الحدائق مدعیا عدم ظهور النصوص فی اعتبار الترتیب المزبور الذی هو کترتیب المعاوضه، بل یکفی تقدم فدائها ثم طلاقها علیه مع فرض استمرار عزمها علی البذل، و الذی غره إجمال النصوص فی ترتیب سائر المعاوضات، لکن من المعلوم أن الأصل عدم الصحه، و لا ریب فی الشک فی حصول الخلع بالفرض الذی ذکره، و لا إطلاق معتد به صالحا للخروج به عن الشک المزبور، خصوصا بعد ظهور اتفاق الأصحاب علیه و إطلاق لفظ الشراء و الصلح علی الحال المزبور فی النصوص،

فعن أمیر المؤمنین علیه السلام (١): «لکل مطلقه متعه إلا المختلعه، فإنها اشترت نفسها»

و خبر البقباق (٢)عن الصادق علیه السلام «المختلعه إن رجعت فی شی ء من الصلح یقول: لأرجعن، فی بضعک»

بل و ظهور النصوص (٣)فی اعتبار إنشاء التراضی بینهما بذلک، و لا ریب فی أنه متی اعتبر الإنشاء من الطرفین کان لهما حکم سائر المعاوضه، فالفداء فی المقام إما معاوضه مستقله أو قسم من أقسام الصلح، فلا بد من الترتیب بینهما علی الوجه المزبور.

بل الأولی اعتبار الألفاظ الداله علی ذلک بینهما، و إن کان یقوی الاکتفاء بالفعل منها بقصد الإنشاء، کما لو دفعت فادیه فخلعها علی ذلک، و إن کان الأحوط خلافه، کما أنه یکتفی منه بإیقاع ما أنشأت الفداء له من الخلع أو الطلاق و إن لم یذکر الفداء لفظا، نعم ستعرف أن التحقیق عدم کون المقام من المعاوضات الحقیقیه و إن ثبت له بعض أحکامها لإجماع إن تم أو غیره.

هذا و ظاهر المصنف عدم الفرق بین الصیغتین فی الصحه مع حصول القبول منها الجاری علی نحو المعاوضه و البطلان مع عدمه، و لعله لظهور إراده إنشاء العوضیه فیهما عرفا، فلم یکن مانع من الصحه إلا تخلف ترتیب المعاوضه و فوریتها.

١- ١ الوسائل الباب- ١١- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من کتاب الخلع و المباراه و الباب- ٧- منه الحدیث ۴.

لكن أطنب فى المسالک و ادعى الفرق بينهما بأن الثانيه صيغه إخبار لا صيغه التزام مع عدم سبق البذل من المرأه «بل هى جمله معطوفه على الطلاق، فلا يتأثر بها، و تلغو فى نفسها، كما لو قال: «أنت طالق و عليک حج»

حتى لو قبلت، لأن قبولها حينئذ رضا بما فعل، و الفرض عدم وقوع ما يقتضى المعاوضه منه بخلاف ما لو قالت: «طلقنى و لک على ألف» أو «و على ألف» فأجابها بذلک، لوقوع الالتزام منها، و هو الذى يتعلق بها، و الزوج ينفرد بالطلاق، فإذا لم يأت بصيغه المعاوضه حمل كلامه على ما ينفرد به، و كفاه نيته حتى لو أطلق و قال: «أنت طالق» عقيب سؤالها بالعوض كفى ذلک و لزمها المال، لتحقق المعاوضه، و وقوعها من جانب من وظيفته الالتزام بها و وقوع التزامه به- إلى أن قال-: و بذلک ظهر الفرق بين الصيغتين اللتين أتى بهما المصنف، و جعلهما غير ملزومتين للمال، فان عدم لزومه فى الأولى مشروط بعدم لحوق القبول منها، إذ الفرض كونها غير ملتمسه منه ذلک بخلاف الثانيه، فإنها لا توجب التزام المال، سواء قبلت أم لا، لعدم دلالتها على المعاوضه وضعا و إن قصد، إذ لا بد من التعبير باللفظ الدال على المعنى المطلوب كغيره من المعاوضات- ثم أطنب بما يؤكد ذلک إلى أن قال-: و يتفرع على ذلک ما لو قال الرجل بعد قبولها: «قصدت فى الثانيه العوضيه، و أردت بقولى: و لى عليک ألف ما يعينه القائل بقوله: «طلقتک على ألف» فإنه لا يصدق، لأن ذلک خلاف مدلول اللفظ، فلا يكفى قصده فى لزوم العوض، و لو وافقته المرأه فوجهان: من أن اللفظ لا يصلح للالتزام، فلا يؤثر مصادقتها على قصده، و من أن الحق عليها، و من الجائز أن يريد لى عليک ألف عوضا عنه و نحو ذلک، و الأجود الأول» إلى آخر ما ذكره.

و قد اشتمل على غرائب و إن حكى عن الشيخ رحمه الله الموافقه على بعض ذلک، منها دعوى ظهور الصيغه فى الإخبار، و منها عدم الاعتبار بها حتى مع قصده إنشائيه العوضيه بها، بل جعل الأجود ذلک و إن وافقته المرأه، مع أنه يكتفى فى العقود بأى لفظ و لو مجازا، بل اكتفى فى المقام بالنيه كما سمعت على تقدير الموافقه، و الفرض أن الحق منحصر فيهما، كما أن خطاب المعاوضه كذلک لا ينفى احتمال

عدم الاجتزاء بذلک.

و بالجمله فما أدری ما الذی دعاه إلی هذا الاطناب مع خروجه عن السداد و الصواب؟! خصوصا علی مذهبه فی غیر المقام فضلا عنه الظاهر من النصوص (۱)توسعه الأمر فیه.

و لو قال: «أنت طالق علی أن علیک ألفا» صح مع تقدم سؤالها ذلک أو تأخر قبولها بحیث لم یخرج عن قبول المعاوضه، و دعوی أنها صیغه شرط فی الطلاق- فیکون قد علق طلاقها علی شرط هو أن یکون علیها ألف لا علی وجه المعاوضه- کما تری خلاف المنساق عرفا منها.

و أوضح من ذلک فسادا دعوی البطلان فی جمیع صور تأخر القبول من المرأه، لأن فیه شائبه التعلیق باعتبار ترتب الطلاق علی قبول بذل المال کباقی الشرائط، بخلاف ما لو تقدم

بذلها، فان الواقع حینئذ یصیر معاوضه منجزه شبه الجعاله، لأنها تبذل المال فی مقابله ما یقع من الطلاق، فإذا أتی به وقع موقعه و حصل غرضها، کالجعاله التی تبذل فی مقابله ما یستقبل من العمل.

و فیه ما قد عرفت سابقا من أن التعلیق المنافی المقتضی لمفارقه المسبب سببه، و الشائبه المزبوره هی مقتضی المعاوضه، فإن من ابتدأ البیع و قال: «بعتک هذا» معناه أنک إن أعطیتنی العوض ملکتک المعوض، و لکنه لیس تعلیقا و إنما هو تحلیل للقصد بالمعاوضه، و مثله غیر قادح قطعا.

و کیف کان فالبحث حینئذ فی صحه الطلاق فی جمیع الصیغ المقصود بها المعاوضه و عدمه متحد، و قد صرح جماعه بصحه الطلاق مع فرض فساد العوضیه بعدم القبول أو غیره، و کونه رجعیا إن صادف موضوعه و إلا کان بائنا، لکن أشکله غیر واحد بأن المقصود المقید الذی ینتفی مطلقه بانتفاء قیده، فدعوی صحه المطلق الذی لم یقصد منافیه لقاعده ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- و غیره- من کتاب الخلع و المباراه.

و دعوى انحلال المقام إلى قصدين و إنشاءين: أحدهما إنشاء الطلاقيه، و الثانى إنشاء العوضيه، و فساد أحدهما لا يقتضى فساد الآخر- و ذلك لعدم اعتبار العوضيه فى الطلاق، لا أقل من أن يكون العوض هنا كالنكاح الذى قد عرفت عدم بطلانه بفساد المهر- يدفعها منافاتها للوجدان الذى لم يفرق بين تقييد المقام و تقييد غيره، و عدم اعتبار العوض فيه لا ينافى كون القصد المقيد الذى هو قصد واحد عرفا، و القياس على النكاح لا يوافق مذهبنا، و من هنا مال جماعه إلى عدم الصحه.

نعم قد يقال: إنه لا عوضيه حقيقه فى المقام، و لذا لو رجعت بالبذل لم يبطل الطلاق، بل يكون رجعيا نصا(۱)و فتوى، بل ستسمع عدم الخلاف بينهم فى عدم فساد الطلاق لو كان البذل مما لا يملكه المسلم أو مغصوبا أو غير ذلك مما يقتضى عدم صحه بذله، و ليس ذلك إلا لعدم المعاوضه المصطلحه التى من المعلوم انتفاء موضوعها بانتفاء عوضها، و إنما هى معاوضه بالمعنى الأعم، أى أن البذل منها باعث على إيجاد الطلاق الذى هو من قسم الإيقاع الذى لا يملك عوضا و لا شرطا، فهو حينئذ على معناه الأصلى، و لم ينقلب طلاق الخلع إلى قسم العقود حتى يكون «فلانه طالق- مثلا- بكذا» إيجابا، و قولها: «قبلت» قبولا، و لكن الشارع ذكر فى هذا القسم من الإيقاع صحه البذل الباعث على إيقاعه، و اعتبر فيه المقارنه له، و ارتفاع البينونه بارتفاعه، فهى حينئذ أحكام توهم من توهم منها إجراء حكم المعاوضه عليها، و غفل عما سمعت من الصحه نصا(۲)و فتوى مع الرجوع بالبذل و غيره مما عرفت.

و بذلك يتجه ما ذكره المصنف و غيره من الأساطين فى المقام و فى غيره مما ستسمع، بل و فى:

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الخلع و المباراه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الخلع و المباراه.

[الثالث إذا قالت: طلقنى بألف كان الجواب على الفور]

الفرع الثالث: الذى هو إذا قالت: طلقنى بألف كان الجواب على الفور الذى تقتضيه المعاوضه لما عرفت فإن تأخر على وجه ينافى ذلك لم يستحق عوضا و كان الطلاق رجعيا مع فرض اجتماع شرائطه، و إلا كان بائنا.

فمن الغريب ما فى المسالك من ميله إلى البطلان أولا لكن قال فى المقام:

«و ظاهر كلام المصنف عدم الفرق بين العالم بالحال و الجاهل، و هو يتم بغير إشكال على تقدير كون الطلاق رجعيا كما أطلقه، أما لو كان بائنا كطلاق غير المدخول بها مع تصريحه بقصد العوض و لم يتعقبه قبولها على الفور فالحكم بصحه الطلاق على هذا الوجه بغير عوض لا يخلو من إشكال، لعدم القصد إليه، نعم يتجه كلامه على إطلاقه على تقدير أن تقول: «طلقنى بألف» فيتراخى ثم يقول: «أنت طالق» و لا يذكر العوض، فإنه حينئذ طلاق مجرد عن العوض فلا يبعد القول بنفوذه كذلك، أما مع تصريحه بالعوض و جهله بالحال و تعذر الرجعه فهو محل الاشكال، و ما وقفت هنا لأحد من المعتمدين على شى ء يعتد به» إذ هو كما ترى، ضروره عدم الفرق فى القصد بين كون الطلاق رجعيا و غيره، و لعل عدم ذكر أحد من المعتمدين له لوضوح الحال فيه بعد تنقيح أصل المسأله، من غير فرق بين الرجعى و غيره كما هو واضح.

و لا فرق فى بذل المرأه بين «طلقنى بكذا» و بين «على كذا» أو «على أن على كذا» أو «على أن أعطيك كذا» بل فى المسالك «و فى معناها «إن طلقتنى» أو «إذا طلقتنى» أو «متى ما طلقتنى فلك كذا» بخلاف قول الرجل: «مهما أعطيتنى كذا» أو «إن أعطيتنى كذا» أو غير ذلك من أدوات الشرط، فإنه لا يقع» و إن كان قد يناقش بعدم الفرق بينهما فى منافاه هذا التعليق للإنشاء و عدمه، و لا ريب فى أن الأحوط عدمه فيهما إن لم يكن الأقوى، كما أن الأحوط ذكر العوض بصيغه الطلاق أو الخلع مع تقدم بذلها، و إن كان الأقوى الاكتفاء بنيته.

[النظر الثانی فی الفدیه]

النظر الثانی فی الفدیه التی هی العوض عن نکاح قائم لم یعرض له الزوال لزوما و لا جوازا لکونه افتداء، و الافتداء إنما یصح إذا کانت فی قید النکاح، و لما عرفت من أنه طلاق فیعتبر فی محله ما یعتبر فیه، و من هنا لا یقع الخلع عندنا فی البائن، بل فی القواعد «و لا بالرجعیه و لا بالمرتده عن الإسلام و إن عادت فی العده» و فی کشف اللثام «خلافا للعامه، فلهم قول بالوقوع بالرجعیه، لکونها کالزوجه، و بالمرتده موقوفا» قلت: قد عرفت فیما تقدم ما یقتضی احتماله فی الأخیره عندنا.

و کیف کان فقد ذکر غیر واحد من الأصحاب بل لا أجد فیه خلافا بینهم أن کلما صح أن یکون مهرا صح أن یکون فداء فی الخلع، و مقتضاه أن کلما لا یصح أن یکون مهرا لا یصح أن یکون فداء حتی یتم کونه ضابطا، لکن لا أجد ذلک فی شیء من النصوص، نعم

فی بعضها(۱)«حل له أن یأخذ منها ما وجد»

و فی آخر(۲)«یحل له أن یخلعها بما تراضیا علیه من قلیل أو کثیر»

و فی ثالث (۳)«حل له أن یأخذ من مالها ما قدر علیه»

و فی صحیح زراره(۴)عن الباقر علیه السلام «المباراه یؤخذ منها دون المهر، و المختلعه یؤخذ منها ما شئت أو ما تراضیا علیه من صداق أو أکثر، و إنما صارت المباراه یؤخذ منها دون المهر و المختلعه یؤخذ منها ما شاء لأن المختلعه تعتدی بالکلام و تتکلم بما لا یحل لها»

إلی غیر ذلک، مضافا إلی عموم الآیه(۵)و لعلهم أخذوا الضابط

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۱.

۵- ۵ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۹.

المزبور من نصوص المهر(۱)فإنه ملحوظ و لو بعنوان جواز الزياده عليه، أو لمشاركه الفديه له فى عدم اعتبارها فى مفهوم الطلاق كعدم اعتباره فى مفهوم النكاح، أو لأنه لا يعتبر فيه أزيد مما يعتبر فى أصل المعاوضات من كونه متمولا معلوما فى الجمله عينا أو

دينا أو منفعه قليلا كان أو كثيرا مقدورا على تسليمه.

و على كل حال ف لا تقدير فيه، بل يجوز و لو كان زائدا عما وصل إليها من مهر و غيره بلا خلاف أجده فيه نصا(۲)و فتوى.

فتحصل مما ذكرنا من مقتضى الكتاب (۳)و السنه(۴)جواز الفداء بكل متمول قل أو كثر، معلوما كان أو مجهولا، إلا جهاله لا تؤول إلى العلم و لم يثبت شرعيه الشارع لها فى المعاوضات و إن كانت من قبيل ما نحن فيه، مثل شى ء من الأشياء، أو بعض ما يتمول أو نحو ذلك مما هو مثار النزاع، و لا تفى أدله المقام بشرعيته، فيبقى على أصل عدم الانتقال و عدم الخلع و غيرهما من الأصول.

لكن قال المصنف و تبعه غيره: إنه إذا كان غائبا فلا بد من ذكر جنسه ككونه فضه أو ذهبا مثلا و وصفه مع اختلاف أوصافه و قدره كقفيز و نحوه.

و فيه أنه لا دليل على اعتبار ذلك، بل ظاهر الأدله السابقه عموما و إطلاقا خلافه، بل هو مناف لقوله و قول غيره يكفى فى الحاضر المشاهده التى يمكن فرض مقدار ما يحصل من العلم منها فى الغائب الذى هو مال معين لكن لا يعرف وزنه و لا عدده و لا جنسه.

و أغرب من ذلك التزام عدم الصحه فيما لو بذلت له مالها فى ذمته من المهر أو الأعم منه و من غيره و لم يعلم مقداره، لأنه من الغائب الذى يعتبر معرفه مقداره،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ۹ و الباب- ۴- منه الحديث ۱ و الباب- ۷- منه الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من كتاب الخلع و المباراه.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۲۹.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- من كتاب الخلع و المباراه.

مع أنك قد عرفت اقتضاء عموم الأدله و إطلاقها صحته كغيره من أفراد المجهول الذى يؤول إلى العلم، نحو ما فى الصندوق و ما فى كمى و نحوهما بعد العلم بوجود ما يصلح فيهما للبذل، و ليس فى شى ء من أدله المقام ما يقتضى كونه كالمهر بالنسبه إلى ذلك على فرض اشتراطه به، خصوصا بعد كون المهر أدخل فى العوضيه من المقام.

و كيف كان فلا خلاف كما لا إشكال فى أنه ينصرف الإطلاق فيما لو قالت مثلا: «مائه دينار- أو- درهم» إلى غالب نقد البلد و إن تعدد، سواء كان ناقصا عن الدراهم الشرعيه أو زائدا، مغشوشا أو جيدا، و مع فرض عدم الغلبه التى ينصرف الإطلاق إليها لم يصح البذل، لما عرفت من كون مثل ذلك جهاله لا- تؤول إلى العلم، و مثار النزاع، فلم تثبت شرعيه التعاوض حتى فى مثل معاوضه المقام التى هى و إن كانت كما عرفت لكن لا ريب فى اشتراك حق المعاوضه بين المتعاوضين، و ليس هو من قبيل الوصيه و نحوها مما يراد منه تحقق الامتثال، فمع فرض التعدد الذى لا يتسامح فيه لا ترجيح لأحدهما على الآخر فى ولايه التعيين، و الرجوع إلى معين آخر من قرعه و نحوها مناف لقاعده الشارع فيما شرعه من المعاوضات المبنيه على عدم احتياج أمر آخر غيرها فى استحقاق كل من عوضيها، كل ذلك مع الإطلاق أما مع التعيين فلا إشكال فى الرجوع إلى ما عين بينهما و إن كان غير الغالب كما هو واضح.

و على كل حال فقد ظهر لك أنه لو خالعها على ألف و لم يذكر المراد و لا قصده و لا قرينه تصرف الإطلاق إليه فسد الخلع للجهاله المضره بالمعاوضه كما عرفت، أما لو قصدا معينا صح و لزمها، لوجود المقتضى و ارتفاع المانع، بل لا يبعد صحته فى غيره من المعاوضات كالبيع و غيره للعمومات، خلافا للمسالك و بعض من تبعها، بل أرسله إرسال المسلمات، و أبعد من ذلك احتماله الفساد فى المقام أيضا قياسا على غيره من المعاوضات، و قد عرفت الصحه فى المقيس عليه فضلا عن المقيس، لعدم الدليل على اشتراط ذكر العوض، بل ظاهر الأدله خلافه.

بل لا يبعد الصحه فى المقام لو كان القصد من أحدهما خاصه إلى معين و قبل الآخر على ذلك القصد و إن كان مجهولا عنده، لما عرفت من عموم الأدله و إطلاقها السالمين عن قدح مثل هذه الجهاله فى مثل هذه المعاوضه، بل أقصاه كونه كبذل ما فى الصندوق، نعم لا تجوز فى البيع و نحوه مما يشترط فيه العلم للمتعاقدين.

بل لا يبعد الصحه فى المقام أيضا مع قصد المعين من كل منهما و اتفقا فى اتحاد قصديهما على غير تواط، لعموم الأدله و إطلاقها و إن كان لا يخلو من تأمل.

و لو كان الفداء مما لا يملكه المسلم عالمين به كالخمر و الخنزير فسد البذل بلا إشكال و لا خلاف، لاشتراط الماليه فيه، بل قيل فسد الخلع لفساد المعاوضه حينئذ و قيل و القائل الشيخ يكون الطلاق رجعيا لما عرفت من عدم اعتبار العوض فى مفهومه، و أن إنشاء الطلاق مستقل و إن كان الباعث له عليه البذل المزبور، إلا أن أقصاه عدم كونه بائنا، لفحوى ما تسمعه من النصوص (۱)المتضمنه لكون الطلاق رجعيا لو رجعت بالبذل.

و لكن قال المصنف هو حق إن أتبع بالطلاق، و إلا كان البطلان أحق و لعله لأنه مع الاقتصار على الخلع لا يتحقق صحه الطلاق مع فساد العوض، لأن الخلع الذى يقوم مقام الطلاق أو هو الطلاق ليس إلا اللفظ الدال على الإبانه بالعوض، فبدونه لا يكون خلعا، فلا يتحقق رفع الزوجيه بائنا و لا رجعيا، و إنما يتم إذا أتبعه بالطلاق ليكونا أمرين متغايرين لا يلزم من فساد أحدهما فساد الآخر فيفسد حينئذ الخلع لفوات العوض، و يبقى الطلاق المتعقب له رجعيا لبطلان العوض الموجب لكونه بائنا، و فى المسالك هو الأقوى.

و فيه (أولا) أن الشيخ قد عرفت أنه ممن يوجب اتباع الخلع الطلاق،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الخلع و المباراه.

فلاـ وجه للتفصيل فی کلاـمه. و (ثانیا) أن الطلاق المتبع به الخلع لا یراد به إلا الطلاق بالعوض، و لیس هو إنشاء مستقلا، و قد سمعت سابقا من المسالک أنه هو المملک للعوض، و أن تقدم الخلع علیه قلیل الفائده، بل یمکن فرض مسأله المقام فی کون الخلع بلفظ «أنت

طالق بکذا من الخمر» من دون سبق الخلع، و لاـ وجه للصحه فیه رجعیا إلاـ بناء علی ما ذکرناه من عدم المعاوضه فی ذلک حقیقه.

و منه ینقدح وجه الصحه رجعیا لو کانت الصیغه بلفظ «خلعت» أیضا و إن لم نجوز وقوع غیر الطلاق بعوض بها، لما عرفت من کون الخلع طلاقا و إن کان مورده خاصا، فتاره یصح و اخری یبطل لفقد شرط من شرائطه، و لکنه لاـ یبطل أصل الطلاق الحاصل به کما یومئ إلیه ما تسمعه من النص (۱)و الفتوی فی صیروره الطلاق رجعیا لو فسخت البذل و رجعت به، من غیر فرق بین کون الخلع قد کان بلفظ «خلعتک علی کذا» و بین «أنت طالق بکذا» و ما ذاک إلا لصحه وقوع الطلاق به فی مورده و إن لم یسلم بفسخ للبذل أو بفقد شرط من شرائطه، و احتمال الجمود علی خصوص مورد النص مناف لقاعده الاستنباط المستفاده من فحاوی الأدله المشار إلیها ب

قولهم علیهم السلام (۲): «لا یکون الفقیه فقیها حتی تلحن له بالقول فیعرف ما تلحن له»

و غیره، هذا کله مع العلم.

و أما مع الجهل کما لو خالعها علی خل بزعمهما فبان خمرا صح و کان له بقدره خلا بلا خلاف أجده فیه، قیل: لأن تراضیهما علی المقدار من الجزئی المعین الذی یظنان کونه متمولا یقتضی الرضا بالکلی المنطبق علیه، لأن الجزئی مستلزم له، فالرضا به مستلزم الرضا بالکلی، فإذا فات الجزئی لمانع صلاحیته

للملک بقی الکلی، و لأنه أقرب إلی المعقود علیه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من کتاب الخلع و المباراه.

۲- ۲ المستدرک الباب- ۱۵- من أبواب صفات القاضی الحدیث ۵ من کتاب القضاء و البحار- ج ۲ ص ۱۳۷ ط الحدیث.

بـل فی المسالک «لم ینقلوا هنا قولا بفساده، و لا وجوب قیمته عنـد مسـتحلیه کما ذکروه فی المهر، مع أن الاحتمال قائم فیه، أما الأول فلفقد شرط صحته، و هو کونه مملوکا، و الجهل به لا یقتضی الصحه، کما لو تبین فقد شرط فی بعض أرکان العقد، و أما الثانی فلأن قیمه الشی ء أقرب إلیه عند تعذره، و لأن المقصود من المعین مالیته، فمع تعذرها یصار إلی القیمه، لأنه لا مثل له فی شرع الإسلام فکان کتعذر المثل فی المثلی حیث یجب، فإنه ینتقل إلی قیمته- ثم قال-:

و لو ظهر مستحقا لغیره فالحکم فیه مع العلم و الجهل کما فصل».

قلت: کـأن ذلـک مؤیـد لمـا ذکرنـاه من عـدم المعاوضه حقیقه هنا، و إلا کان مقتضاها الانتفاء من رأس بانتفاء العوض، کما هو واضح، و لکن لما کان إنشاء الطلاق مستقلا أثر أثره، و الفداء لم ینتف بانتفاء ذلک المعین عرفا بعد الإتیان بقدره خلا.

بل یمکن دعوی ذلک فیما لو کان الفـداء خنزیرا بزعم أنه بقر مثلا فبان خنزیرا أبـدل بما ینطبق علیه من البقر و صـح، لأنه قسـم من الفـداء، و القیمه بعیـده عن ممـاثله المبـذول فـداء، کمـا هو واضـح. و لاـ یرد ذلـک فی صوره العلم المنحله إلی عـدم إراده الفـدائیه حقیقه، لعلمهما بعدم صـلاحیته فداء، اللهم إلا أن یفرض فی صوره الجهل بالحکم شـرعا، و حینئذ یأتی احتمال مثله، و علم أحدهما کاف فی فساد البذل إجراء لحکم المعاوضه، فتأمل جیدا.

و لو خالع علی حمل الدابه أو الجاریه لم یصح مع عدم وجوده، لعدم کونه متمولا عرفا و شـرعا، نعم قد یقال بصـحه بذل الثمره قبل وجودها للطمأنینه بحصولها، و کونها مالا و لو شرعا بدلیل جواز بیعها.

أمـا مع وجوده ففی المسالک کـذلک أیضا للجهاله، بل لعله ظاهر المتن و غیره أیضا، بل ظاهر المسالک انصـحار المخالف فی بعض العامه.

و لکن لا یخفی علیک أن المتجه الصحه بناء علی ما ذکرناه و احتملها فی

المسالک فی المقام، ثم قال: «و مثله ما لو خالعها علی ما فی کفها، فإنه لا یصح عندنا، سواء علم أن فی کفئها شیئا متمولا و جهل مقداره أو عینه أو لم یعلم، و من أجاز الأول صححه هنا مع العلم بوجود شی ء فی کفها یصلح للعوض، أو ظهور وجوده فیه، فان لم یظهر فیه شی ء ففی وجوب مهر المثل- کما لو ظهر فساد العوض- أو وقوع الطلاق رجعیا أو لزوم ثلاثه دراهم، لأن المقبوض فی الکف ثلاثه أصابع، و هی ما عدا الإبهام و المسبحه، فیجب قدره من النقد؟ أوجه، أبعدها الأخیر».

قلت: لا ریب فی فساده، بل و فساد الأول، لعدم الدلیل، کما أن الوجه الصحه مع العلم بأن فی کفها ما یصلح للبذل، لما عرفت، فلو فرض ظهور عدمه انقلب الطلاق رجعیا علی البحث السابق.

و یصح بذل الفداء منها بلا خلاف و لا إشکال، لأنه هو المنطبق علی نسبته إلیها کتابا(۱)و سنه(۲)و کذا من وکیلها القائم مقامها بعموم الوکاله و إطلاقها.

بل فی المسالک فی تفسیر عباره المتن و کذا ممن یضمنه فی ذمته باذنها فیقول للزوج: «طلق زوجتک علی مأه و علی ضمانها» و الفرق بینه و بین الوکیل أن الوکیل یبذل من مالها باذنها و هذا یبذل من ماله باذنها لیرجع علیها بما یبذله بعد ذلک، فهو فی معنی الوکیل الذی یدفع العوض عن الموکل من ماله لیرجع به علیه، فدفعه له بمنزله إقراضه لها و إن کان بصوره الضمان، قلت: هو جید لو دفع عینا عنها، أما لو بذل کلیا فی ذمته فلا یتصور قرضه لها، کما أنه لا یتصور شغل ذمته به للخالع و شغل ذمتها له بإیقاع الخلع کما هو واضح.

بل هو إن صح یکون من مسأله المتبرع التی ذکرها بقوله و هل یصح من المتبرع و إن کان العقد إیجابا و قبولا من الزوج و الزوجه؟ فیه تردد،

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱ و ۴- من کتاب الخلع و المباراه.

و الأشبه المنع عند المصنف و الشيخ و غيره من الأصحاب، بل في المسالك «لم يعرف القائل بالجواز منا» قلت: لا لأن الخلع من عقود المعاوضه، فلا يجوز لزوم العوض لغير صاحب المعوض- كالبيع لو قال: «بعتك كذا بمأه في ذمه فلان»- لإمكان الجواب عنه بما عرفت من عدم كون المقام منها، خصوصا و المعوض هنا فكها من قيد النكاح، فهو من قبيل الصلح الإسقاطي الذي يصح وقوعه من المتبرع، بل لأن المستفاد من الكتاب (۱)و السنه(۲)مشروعيه الفديه منها و لو بواسطه وكيلها، أما المتبرع فيبقى على أصل المنع، إذ قد عرفت أنه لا إطلاق و لا عموم يقتضي مشروعيه هذا القسم من طلاق الفديه المسمى بالخلع و طلاق العوض على وجه تجري عليه أحكامه، من كونه طلاقا بائنا إلا مع رجوعها بالبذل و غيره من أحكامه، و من هنا كان فرض المقام على وجه الجعاله من الأجنبي خروجا عن البحث، ضروره عدم جريان أحكام الخلع على ذلك على فرض صحته.

و لا فرق فيما ذكرنا بين القول بكون المقام من الفداء أو المعاوضه أو الطلاق أو الفسخ، إذ على كل حال مبنى المشروعيه على الأدله الخاصه التي لا شمول فيها للأجنبي، بل و لا للضامن باذنها على الوجه المزبور، فالمتجه منعه حينئذ إن لم يكن إجماعا، إلا أن يرجع إلى الوكاله في القرض في صوره الدفع و نحوه مما يمكن إجراؤه على القواعد الشرعيه.

نعم قد يقال فيهما: إن الآيه(۳)و ما شابهها من السنه(۴)تقتضي جواز فدائها نفسها بمال الغير مع الإذن على وجه لا رجوع به عليها، و ربما يدعى ظهور اتفاقهم فيما يأتي على جواز فداء الأمه نفسها بمال سيدها مع إذنه، بناء على مساواته لذلك، إذ كونه سيدا لا يقتضي كونه وكيلا أو وليا، و كون البضع له لا ينافي كون مشروعيه الفداء بشي ء يتبعها بعد العتق.

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۲۹.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۱ و ۴- من كتاب الخلع و المباراه.
۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۲۹.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۱ و ۴- من كتاب الخلع و المباراه.

و بالجمله الفداء بمال الغير مع الاذن على وجه لا رجوع به عليها قد يقال بشمول الآيه و ما شابهها من الروايه له، فان كانت مسأله التبرع المجوز عنها من هذا القبيل أشكل القول بعدم الجواز إن لم يكن إجماعا، فإن ما فرضناه متحقق فيه نسبه الفداء إليها و إن لم يكن المال قد أبيح لها افتداؤها به كالأمه، و ما فى بعض النصوص (۱)من ذكر «مالها» لا يقتضى التقييد أو التخصيص، لعدم المعارضه، كما هو واضح، فتأمل جيدا.

و على كل حال فبناء على عدم جواز البذل من المتبرع لا وقع لكثير من الفروع المذكوره هنا على بذل الأجنبى، مع أن بعضها لا يخلو من نظر، كدعوى جواز رجوعه به دون المرأه التى لا تملكه، نعم لها الرجوع بالبذل من الضامن الذى يرجع عليها، لكونه كمالها، بخلاف بذل المتبرع، إذ قد يناقش بإمكان منع جواز رجوعه به، لأصاله اللزوم بعد حرمه القياس

على جواز رجوعها، و بإمكان عدم جواز رجوعها بالبذل من الضامن، إذ هو أيضا ليس مالا لها، فلا يشمله ما دل (۲)على جواز رجوعها بما بذلت الظاهر فى غير الفرض بناء على ما عرفت.

ثم لا يخفى عليك أنه بناء على الصحه لا فرق بين تقدم سؤاله و بين قول الزوج:

«هى طالق بألف فى ذمتك» فيقبل بلا تراخ.

كما لا فرق بين كونه و كيلا عنها و عدمه، إذ له دفع البذل بعنوان التبرع لا الوكاله التى على فرض إيقاعه بها يتجه مطالبه الزوج به لها مع التصريح بها و إلا تعلق به الفداء ظاهرا و رجع به على الزوجه، لأنه فى الواقع فى ذمتها مع فرض الوكاله كالمعاوضه، بل على فرض الجواز يجوز للأجنبى أن يوكل أجنبيا آخر على ذلك، بل له توكيل الزوجه و إن تخيرت بين بذلها نفسها و بعنوان الوكاله عن الأجنبى، كما لو كان هو وكيلا.

و لا ريب فى أن قول الزوجه للأجنبى: «اسأل زوجى يطلقنى بكذا» توكيل،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الخلع و المباراه.

سواء قالت: «علی» أو لم تقل، أما قول الأجنبی لها: «سلی زوجک یطلقک علی کذا» فلا ظهور فیه فی التوکیل، بل فی المسالک «إن لم یقل: «علی» لم یکن توکیلا فلو اختلعت کان المال علیها، و إن قال: «علی» کان توکیلا فإن أضافت إلیه أو نؤته ثبت علی الأجنبی، و

لو قال أجنبی لأجنبی: «سل فلانا یطلق زوجته بکذا» کقوله للزوجه: «سلی زوجک» فیفرق بین أن یقول: «علی» أو لا یقول».

و لو اختلع الأجنبی و أضاف العقد إلیها مصرحا بالوکاله ثم بان أنه کاذب لم یقع البذل، و فی وقوعه طلاقا البحث السابق، إلی غیر ذلک مما لا یخفی علیک إجراؤه علی القواعد العامه، هذا کله فی بذل المتبرع من ماله.

أما لو قال: «طلقها علی ألف من مالها و علی ضمانها» أو «علی عبدها هذا و علی ضمانه» صح، فان رضیت بذلک فذاک و إن لم ترض بدفع البذل صح الخلع و ضمن المتبرع کما صرح به بعضهم و لکن فیه تردد بل منع، لأن مرجعه ضمان الأجنبی أیضا الذی قد عرفت عدم ثبوت شرعیته، بل هو من ضمان ما لم یجب، و ورود صحه ضمان ألق متاعک فی البحر و علی ضمانه لو قلنا به لا یقتضی صحه الفرض بعد حرمه القیاس عندنا، نعم المتجه فی الفرض کونه من الفضولی الذی یتوقف علی إجازتها الکاشفه عن الصحه وقت البذل و عدمها، لما سمعته فی بحث الفضولی و أنه جار علی الضوابط، و أما ضمانه ذلک فلا أثر له، اللهم إلا أن یکون بعنوان الشرطیه و التوسعه فی أمر الفداء، لکن بعد البناء علی صحته من المتبرع، فتأمل جیدا.

و لو خالعت فی مرض الموت صح و إن بذلت أکثر من الثلث و کان من الأصل

لعموم (۱)«الناس مسلطون علی أموالهم»

المقتصر فی الخروج منها علی التبرعات المحضه، کالصدقه و الهبه و نحوهما.

و فیه قول آخر بل فی المسالک أنه المشهور بین الأصحاب و المعمول به

۱- ۱ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ ط الحدیث.

بينهم و هو أن الزائد عن مهر المثل من الثلث لكونه كالمحاباه فى المعاوضات و هو أشبه عند المصنف بأصول المذهب و قواعده التى منها ما عرفت سابقا من أن تصرف المريض مقصور على ثلث ماله حيث يكون متبرعا به، و كان مهر المثل هو عوض البضع شرعا، كالقيمه فى المتقومات، و من ثمه لو تصرف فيه متصرف على وجه يضمنه كوطء الشبهه و المكره يجب عليه مهر المثل، فبذلها فديه للطلاق يتقدر نفوذها من الأصل بمهر المثل، لأن العائد إليها البضع، فيعتبر قيمته شرعا، كما لو اشترت شيئا بثمن مثله فان بذلت من ذلک كان مقدار مهر المثل من الأصل و الزائد من الثلث، كالمحاباه فى المعاوضات، و حينئذ فلو كان مهر مثلها أربعين دينارا مثلا فبذلت مأه و لم يكن عندها غيرها صح للزوج ستون: أربعون فى مقابله مهر المثل، و عشرون بالمحاباه، هى ثلث باقى التركه، و يرجع إلى الورثه أربعون ضعف ما نفذت فيه المحاباه.

و ربما قيل: إن الجميع يعتبر من الثلث، لأن العائد إليها غير متمول بالنسبه إلى الورثه، و الحجر على المريض إنما هو لحق الورثه، و فى المسالک «هو قول موجه» و فيه أن الخروج من الثلث مخالف للعمومات التى ينبغى الاقتصار فى الخروج منها على المتيقن الذى هو غير الفرض، بل يكفى الشک فى بقائه على مقتضاها، بل لو لا الشهره لكان الأول فى غايه القوه، و إن قال فى المسالك، «إنه قول نادر غير موجه» ضروره عدم صدق المحاباه فيه، لعدم مقدر عرفا و شرعا فى البذل حتى يكون الزائد عليه محاباه، و كون مهر المثل قيمه للبضع فى بعض الأحوال لا يقتضى كونه قيمه للبذل، لا أقل من الشک، فيبقى على العمومات هذا كله إذا لم تبرأ من مرضها، و لو برئت لزم الجميع كسائر المنجزات.

و أما مرض الزوج فلا يؤثر فى الخلع، بل يصح خلعه فى مرض الموت و إن كان بدون مهر المثل، لأن البضع لا يبقى للوارث، و إن لم يجر خلع فلا وجه للاعتبار من الثلث، و لأنه لو طلقها بغير عوض فى مرض الموت لا يعتبر فيه الوضع من الثلث، فكذا إذا نقص عن مهر المثل، و الله العالم.

و لو كـان الفـداء إرضـاع ولـده منها أو من غيرها أو حضانته صـح عنـدنا للعمومات (۱)لكن مشـروطا بتعيين المـده رفعا للجهاله القـادحه فى أصـل المعـاوضه و إن كـانت مثـل المقام، نعم قـد يقال بالاكتفاء بأوان فطامه للتسامـح فى مثل هـذه المعاوضات، و لعموم الأدله التى عرفتها سابقا.

و كـذا يصـح لو طلقها على نفقته بعـد الرضاع مثلا أو مضافه إليه، لكن فى المتن و غيره بشـرط تعيين القدر الذى يحتاج إليه من المأكل و الكسوه و المـده بل فى المسالك و غيرها يعتبر تعيين ما ينفق عليه كل يوم من الإدام و الطعام و الكسوه فى كل فصـل أو سنه، أو بضبط المئونه فى جمله السنه، و يوصف بالأوصاف المشروطه فى السلم.

و لا يخفى عليك ما فى ذلك بعد الإحاطه بما أسـلفناه من العمومات التى مقتضاها بعد ضـبط المده الاكتفاء بالمتعارف له أكلا و شـربا و كسوه فى كل فصل، كنفقه الزوجه و غيرها، و حينئذ يسقط تفريع إن خرج زهيدا و فضل من المقدار شى ء فهو للزوج و إن كان رغيبا و احتاج إلى الزياده فهو على أبيه إن كان الولد فقيرا.

و على كـل حال ف لو مات قبل المـده كان للمطلق استيفاء ما بقى، فإن كان رضاعا رجع بأجره مثله، و إن كان إنفاقا رجع بمثل مـا كـان يحتـاج إليه فى تلك المـده مثلا أو قيمه بناء على ما ذكرناه، و بالمقـدر على ما ذكروه، لأن العوض له، و الولـد إنما هو محـل البـذل، و عن العـامه قول بانفسـاخ العقـد، لتعـذر الوصول إلى مـا عين عوضـا، فهو كـالخلع على عين خرجت مسـتحقه أو كعوض تلف قبـل القبض، و هو كمـا ترى. نعم يمكن القول بجواز الفـداء إرضاعا و نفقه فى المـده ما دام حيا على وجه يسـقط استحقاقه بموته، لعموم قوله تعالى (۲)«فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ»

و «تراضيا عليه»

و غيرهما من الأدله السابقه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱ و غيره- من كتاب الخلع و المباراه.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۲۹.

و كيف كان ف لا يجب عليها دفعه أى العوض من الأجره و النفقه دفعه معجلا، لأن موت الولد لا مدخل له فى حلول الدين بل إنما يجب إدرارا فى المده كما كان يستحق عليها لو بقى للأصل و غيره، خلافا لما عن العامه من القول بالحلول.

و لو تلف العوض المبذول قبل القبض لم يبطل الخلع بلا خلاف و لا إشكال، للأصل و العمومات التى خرجنا عنها بالبيع لدليله، بل فى المتن و غيره أنه باق على استحقاقه، و لزمها مثله أو قيمته إن لم يكن مثليا بل ظاهر كشف اللثام اتفاقنا عليه، نعم فيه للعامه قول بالانصراف إلى مهر المثل، و احتج له فى المسالك

بعموم «على اليد»(۱)

قال: «و يدها أخذت العين و لم تؤدها إلى مالكها، فتكون ضامنه لها- إلى أن قال-: و لا فرق فى ذلك بين تلفه باختيارها أو بآفه من الله تعالى شأنه أو بإتلاف أجنبى، لكن فى

الثالث يتخير الزوج بين الرجوع عليها و على الأجنبى، فإن رجع عليها رجعت على الأجنبى إن أتلفه على وجه مضمون».

و لا يخفى عليك ما فى التعليل المزبور، نعم قد يقال بعد الاتفاق ظاهرا على ذلك:

إن مقتضى المعاوضه و ما شابهها وجوب التسليم، و لذا اعتبر فى صحتها القدره عليه، بل ربما ظهر من بعض المحققين فى كتاب الإجاره اقتضاء التلف قبل القبض الانفساخ كالبيع، لفوات معنى المعاوضه التى مقتضاها تبديل ملك بملك و يد بيد، و إن كان فيه ما لا يخفى، لكن لا ريب فى اقتضائها وجوب التسليم المستصحب بقاؤه إلى ما بعد التلف المعلوم قيام المثل أو القيمه معه، و هو معنى الضمان.

و لو خالعها بعوض موصوف فان وجد الزوج ما دفعته على الوصف المشترط فذاك و إلا كان له رده و المطالبه بما وصف (۱۱) الذى هو حقه، و له الرضا بالمدفوع وفاء عن حقه مع التراضى منهما بلا خلاف و لا إشكال، و إن كان ما دفعته معيبا تخير بين قبوله و المطالبه بأرشه و بين رده و المطالبه بفرد آخر كما تقدم ذلك فى السلم.

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۶ ص ۹۵ و كنز العمال ج ۵ ص ۳۲۷ الرقم ۵۷۱۳.

و لو كـان مـا خالعها عليه شـيئا معينا فبان معيبا رده إن شاء و طالب بمثله أو قيمته، و إن شاء أمسك مع الأرش، و كـذا لو خالعها على عبـد على أنه حبشـى فبان زنجيا أو على ثوب على أنه نقى فبان أسـمر و علله فى المسالك بأن فوات الجزء الموجب للعيب أو للوصف (۱)كتبعيض الصفقه، فيتخير بين رده و أخذ عوضه و بين إبقائه مع أرشه، ثم قال: «و هذا بخلاف البيع فإنه مع رده لا يرجع إلى عوضه، بل يوجب انفساخ البيع، و الفرق أن الطلاق المترتب على العوض قد وقع قبل الرد، و الأصل فيه اللزوم، و ليس هو كغيره من عقود المعاوضات القابله للتفاسخ مطلقا، بل يقف فسـخه على أمور خاصه بدليل خاص لا مطلقا، فلا وسيله إلا إلى تحصيل المطلوب من العوض بما ذكر» و كذا ذكر فى تخلف الوصف مع اتحاد الجنس.

إلا أنه كما ترى، ضـروره اقتضاء تسـلطه على الرد فسـخ الملك الحاصل بسـبب البـذل و مقتضاه حينئـذ عود الطلاق إلى الطلاق المجرد عن العوض- كما لو رجعت هى بالبـذل، و ليس هـذا فسـخا للطلاق- لا المطالبه بالمثل أو القيمه المحتاجين إلى مملك جديـد، خصوصـا فى تخلف الوصف المسـلط فى بـاب البيع و غيره من المعاوضـات على الفسـخ خـاصه، و من هنا قال فى آخر كلامـه: «و للنظر فى هـذه المطـالب مجـال إن لم تكن إجمـاعيه، إذ لا نص فيها، و إنما هى أحكام اجتهاديه، و لو قيل فى فوات الوصف بتعين أخذه بالأرش كان حسنا».

و الذى أوقعه فى هذا الإشـكال هنا و غيره من المقامات بناؤه على أنها معاوضه حقيقيه، و المتجه على ذلك فى تخلف الوصـف الرد، و انقلاب الطلاق إلى المجرد عن العوض، و فى العيب التخيير بين الرد- و يكون الحكم

كذلك- و بين الأرش، بناء على أن ذلك مقتضى قاعده لا ضرر و لا ضرار فى البيع و غيره من المعاوضات، نعم يتجه

۱- ۱ هكذا فى النسخه الأصليه، و فى المسالك« فوات الجزء الموجب للعيب أو الوصف.» و هو الصحيح.

كلامهم هنا بناء على ما ذكرناه من أنه لا معاوضه حقيقيه أو اصطلاحيه و إن كانت معاوضه بالمعنى الأعم التى هى كالباعث و الداعى، و المراد الفداء، و لا ريب فى تحققه عرفا بالمثل و القيمه فى المعيب و تخلف الوصف، و بالأرش فى المعيب، و تفاوت القيمه فى تخلف الوصف، بل لعل ذلك هو المتعارف فى تدارك الفداء.

و من ذلك يظهر الوجه فى قول المصنف و غيره أيضا أما لو خالعها على أنه أى الثوب إبريسم فبان كتانا صح الخلع، و له قيمه الإبريسم، و ليس له إمساك الكتان لاختلاف الجنس و إن كان قد يناقش فى خصوص المثال بأنه من نحو تخلف الوصف بعد الاشتراك فى الثوبيه التى هى جنس لهما، كالاشتراك فى العبديه بالنسبه للزنجى و الحبشى، إلا أنه يمكن التمثيل بما لو خالعها بمعين على أنه ثوب مثلا فبان حيوانا مثلا، كان له المطالبه بالقيمه أو الثوبيه، و ليس له إمساك الحيوان إلا مع التراضى بينهما، و بالجمله قد عرفت أن المدار على تدارك الفداء مع فرض فواته بما يتدارك به عرفا، و هو معنى آخر غير معنى المعاوضه المصطلحه، و من هنا أثبتوا له أحكاما غير أحكام المعاوضه، كما نبهنا عليه غير مره، و الله العالم.

و لو دفعت ألفا و قالت: «طلقنى بها متى شئت» لم يصح البذل و إن قال الزوج بعدها بلا فاصل: «أنت طالق عليها» لعدم إنشاء فعلى، إذ المفهوم من هذه العباره الإعلام بأنها باذله ذلك، و ليس هو إنشاء بذل نحو قول المشترى: «بعنى مالك هذا بدرهم متى شئت» و لو فرض دلاله القرينه على إراده إنشاء بذل فعلى لذلك و قال الزوج: «أنت طالق» لم يكن إشكال فى الصحه.

و احتمال البطلان للفصل بين إنشائها و قوله بقولها: «متى شئت» لا ينبغى أن يذكر، ضروره عدم قدح مثل ذلك فى فوريه المعاوضات فضلا عن المقام.

بل ربما يرجع إلى ما ذكرنا ما يحكى من تعليل الشيخ البطلان بأنه سلف فى طلاق، و بأنه عوض على مجهول، أى للجهل بالطلاق الواقع، و إلا أمكن النظر فيه بأن هذه الصيغه كما تناولت الطلاق الباطل مع التراخى تناولت الفورى بعد هذه

الصیغه، و لا یلزم من بطلان التراخی بطلان مدلولها أجمع، و لیس هو حینئذ سلفا فی طلاق بعد فرض شمولها للحال، و كذا القول فی كونه عوضا علی مجهول، خصوصا بعد عدم الدلیل علی البطلان بمثل هذه الجهاله.

و من هنا عدل فی المسالک إلی تعلیل البطلان بأن المعتبر فی البذل الصحیح كونه فی مقابله الطلاق الواقع علی الفور، فإذا جعلته فی مقابله الواقع مطلقا فكأنه قد جعلته فی مقابله طلاق باطل، و إن كان هو كما تری أیضا إن لم یرد ما ذكرناه، و علله فی كشف اللثام بالتعلیق المانع من القبول كالإیجاب، و لعله یرجع إلی ما قلناه أیضا.

و علی كل حال ف لو طلق كان رجعیا و الألف لها مع فرض كون مورده كذلک، و إلا كان بائنا علی البحث السابق و إن جاء به علی الفور لما عرفت.

و لو خالع اثنتین فصاعدا بفدیه واحده صح بلا خلاف أجده فیه، و إن كان لولاه لأمكن المناقشه فیه بخروجه عن أدله المشروعیه التی لا إطلاق فیها و لا عموم یشمل الفرض، و قد عرفت أنه علی خلاف الأصل، اللهم إلا أن یدعی معلومیه إلغاء الوحده التی هی مورد تلک الأدله، كما ألغیت فی أصل الطلاق الذی من أدلته ما عرفت من الحصر بقول: «أنت طالق» بل قد یدعی صدق «افْتَدَتْ»(۱)علی كل واحد منهما.

و علی كل حال كانت الفدیه المبذوله بینهما بالسویه كما عن الشیخ و الأكثر، لظهور أمثال ذلک فیها، و لا یقدح الجهل بالتقسیط كما لا یقدح فی غیر المقام من المعاوضات المعتبر فیها المعلومیه فضلا عن المقام.

و ربما احتمل كون التقسیط علی مهر المثل الذی هو الملحوظ فی قیمه البضع و عن القاضی أن التقسیط علی المسمی فی النكاح، و لعله یرید مهر المثل الذی قد یؤید

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۹.

التقسیط علیه أنه المتعارف فی قیمه البضع، مع منع ظهور العباره فی التسویه، علی أن التقسیط فی البیع و نحوه إنما هو لکون المبیع المجموع الذی یتقسط الثمن علیه بحسب قیمه المبیع، و لو أن العباره ظاهره فی التسویه لکان من الواجب الحکم بها لو کان المبیع لشخصین و إن اختلفت قیمه أحدهما، کما أنه لو کان المختلع فی المقام المجموع علی حسب البیع لم یصح خلع أحدهما خاصه عند قولهما أو قول وکیلهما:

«اخلعهما بألف» کما تسمعه، إذ لیس ذاک إلا لکون کل منهما مقصوده بنفسها لا منضمه مع الآخری، علی أن المسأله فی کلامهم مطلقه علی وجه یشمل فرضها مع عدم قصد التسویه من الخالع و الباذل، و دعوی أن الأصل فی خلع المتعدد التسویه ممنوعه فلیس حینئذ إلا التوزیع علی نسبه مهر المثل، فتأمل جیدا، و کذا الکلام فیما لو ابتدأهما بطلاقهما علی ألف و قبلا (قبلتا ظ) علی الفور.

و لو قالتا طلقنا بألف فطلق واحده کان له النصف بناء علی التسویه، و ما یقتضیه التوزیع علی مهر المثل أو المسمی لها فی النکاح علی القولین الآخرین، و لا یقدح فی الصحه اختلاف السؤال و الإیقاع، لأن کل واحده مقصوده بنفسها منفرده، کما لو قال رجلان: «رد عبدینا بکذا» فرد أحدهما دون الآخر، و ربما احتمل فی المقام إراده کل واحده منهما طلاقهما معا، فیختلف السؤال و الإیقاع حینئذ، و لعله لذا استشکل فی محکی التحریر فی ثبوت النصف، لکنه فی غیر محله، کما أن فرق بعضهم بین الصوره المزبوره و بین ما لو ابتدأهما فقال: «خالعتکما بألف» فقبلت إحداهما خاصه- لأن القبول لم یوافق الجواب، کما لو قال: «بعتکما هذا العبد بألف» فقال أحدهما: «قبلت»- کذلک أیضا، ضروره ظهور کون کل منهما مقصوده بنفسها فی المقام بخلاف المثال الظاهر فی عدمه، و إلا لجاء الاحتمال فی الصوره الاولی.

و کیف کان ف لو عقب بطلاق الآخری کان رجعیا إن کان مورده کذلک و لا عوض له لتأخر الجواب عن الاستدعاء المقتضی للتعجیل الذی قد عرفت اعتباره.

و لو خالعها على عين فبانت مستحقه قيل و القائل الشيخ و تبعه غيره:

يبطل الخلع الذى هو معاوضه، لبطلان أحد العوضين، لكن قد عرفت المناقشه فى ذلك غير مره و من هنا قال المصنف لو قيل يصح الخلع و يكون له القيمه أو المثل إن كانت مثليا كان حسنا لكون ذلك هو المتعارف فى تدارك الفدائيه، و أولى من تداركه بمثل العين على نحو الفداء فى الإحرام.

و ظاهر قول المصنف: «فبانت» أن مفروض المسأله الجهل لا مع العلم الذى ينحل إلى عدم إراده الخلع عليه، للعلم بعدم سلامته كما تقدم الكلام فيه سابقا، و إن كان قد يناقش فيه بأن العلم بكونه مستحقا لا ينافى قصد الخلع عليه كباقى المعاوضه، نعم هو مؤيد لما ذكرنا من أنه لا معاوضه فى القصد، و إنما هو من الباعث و إن أعطى بعض أحكام المعاوضه لإجماع إن كان أو غيره، و قد تقدم سابقا بعض الكلام فيما لو كان الفداء الخمر، و ظاهر ثانى الشهيدين هنا أن حكم المغصوب حكمه فى حالى الجهل و العلم، و لكن جزم فى المقام بالفساد، كما أن المصنف قد جزم هناك بالصحه فيما لو خالعها على خل فبان خمرا بخلاف المقام، و قد يتخيل الفرق بين المقامين، لكنه غير تام، و التحقيق ما عرفت.

و يصح البذل من الأمه بلا خلاف أجده فيه، بل لعله إجماع، و لولاه لأمكن المناقشه- فى أصل جواز ذلك منها على أن تتبع به بعد العتق- بأنه مناف لما دل على عدم قدره العبد على شى ء(۱)خصوصا المعاوضات، و الضمان بالإتلاف ليس قدره منه على شى ء، و لا يوجب وجود ذمه له على وجه يصح منه إيجاد شى ء فيها، كما تقدم نظير ذلك فى الضمان، و من السيد بما عرفت من كونه كالفداء من المتبرع فى عدم تناوله أدله المشروعيه إلا على الوجه الذى ذكرناه و أيدناه بكلامهم فى المقام.

و على كل حال فلو أذن لها مولاها بالافتداء انصرف الإطلاق

۱- ۱ سوره النحل: ۱۶- الآیه ۷۵.

إلى الافتداء بمهر المثل كانصراف إطلاق الأمر بالشراء إلى قيمه المثل، و يكون فى ذمه السيد لا فى كسبها إن كانت ذات كسب، و لا فى

خصوص ما فى يدها من مال السيد، كما تقدم تحقيق ذلك فى محله.

و لو بذلت زياده عنه قيل: يصح الخلع و لكن تكون الزياده لازمه لذمتها تتبع بها بعد العتق و اليسار و أما مقدار مهر المثل فعلى السيد للاذن، و لكن قد يناقش بمنع حصول الاذن بمهر المثل فى الفرض، لظهور إذنه بكونه الفديه لا بعضها، و لعله لذا نسبه المصنف إلى القيل مشعرا بتمريضه، لأن المتجه حينئذ كون الجميع فى ذمتها، و ذلك لأنه لا خلاف و لا إشكال عندهم فى أنها تتبع بأصل البذل مع عدم الاذن بعد العتق و اليسار، و هذا منه، فتأمل جيدا.

و لو بذلت عينا من أعيان سيدها فأجاز المولى صح الخلع و البذل كما لو أذن ابتداء و إلا صح الخلع دون البذل، و لزمها قيمته أو مثله تتبع به بعد العتق و اليسار، لكونه حينئذ كما لو ظهر مستحقا، و هو مؤيد لما قلناه من أن المقام ليس من المعاوضات و إلا كان المتجه الفساد لعدم الإجازه.

و ظاهر المصنف و غيره هنا عدم الفرق بين علمه بالحال و جهله، و هو كذلك لما عرفت من إمكان تدارک الفدائيه بالإبدال، كما ذكرناه غير مره.

و لو بذل سيدها رقبتها ففى صحه الخلع و الالتزام بالمثل أو القيمه أو بطلان الخلع وجهان، اختار ثانيهما فى المسالک، و أما احتمال الصحه فلم أجد من احتمله، و لعله لمنافاه الطلاق و الملكيه اللذين هما أثر الخلع على وجه لا يتحد زمانهما، مثل الزوجيه و الملكيه فيما لو تزوجها فى أن شراء وكيله لها مثلا بخلاف شراء الزوجه المسبب للملک المزيل للزوجيه.

و نحوه بذل رقبه زوجته فى خلع زوجته الآخرى، فإنه جائز، و لكن بناء على ما ذكرنا من عدم المعاوضه فى المقام و عدم التقييد فى قصد الطلاق يتجه حينئذ الصحه و الالتزام بتدارک الفداء لا البطلان، كما سمعته فى نظائره، إذ أقصاه تعذر

الفداء، فيتدارك بما عرفت.

و كيف كان ف يصح ال بذل من المكاتبه المطلقه و لو من المال الذى فى يدها و لا اعتراض للمولى عليها بلا خلاف أجده، نعم أشكله فى المسالك و تبعه غيره بما يأتى فى بحث المكاتبه من عدم جواز التصرف المنافى للاكتساب و مسوغ فيه، من غير فرق بين المكاتب المطلق و المشروط.

و يدفعه بعد تسليمه أنه يمكن فرض المقام كذلك و لو بإراده التكسب بالعقد المنقطع مثلا و فرضه أيضا بأن المبذول مهر المثل فأقل بناء على عدم جواز تكسبها بالأزيد، إذ المراد أن المكاتبه غير الأمه بالنسبه إلى ذلك. فمن الغريب قوله بعد ذلك: «و لو قيل بأن اختلاع المكاتبه مطلقا كاختلاع الأمه كان وجها، لكن لا أعلم به قائلا من أصحابنا، فينبغى التوقف إلى أن يظهر الحال أو وجه الفرق الذى ادعوه» ضروره كفايه ما ذكرناه فرقا.

نعم قد يناقش فيما جعله واضحا- من قوله و أما المشروطه فكالقن معللا بأنها لا تخلص من محض الرق إلا بأداء جميع المال، فهى قبله بحكم القن- بأن ذلك إذا كان منها للتكسب على الوجه الذى فرضناه يتجه جوازه أيضا و ستعرف تحقيق الحال فى ذلك فى بحث المكاتبه إنشاء الله.

[النظر الثالث فى الشرائط]

النظر الثالث فى الشرائط و لا خلاف كما لا إشكال فى أنه يعتبر فى الخالع شروط أربعه:

البلوغ و كمال العقل و الاختيار و القصد سواء قلنا بأنه طلاق أو فسخ ف إنه على كل حال لا يقع مع الصغر و الجنون اللذين قد عرفت الإجماع على سلب عباره معهما فى مثل ذلك. و كذا لا يقع مع الإكراه الذى قد عرفت تحقيق الحال فيه فى البيع، بل و فى الطلاق و فى الفروع المتعلقه به. و لا مع السكر و لا مع الغضب الرافع للقصد كغيره من الإيقاع و المعاوضه، و لا مع الغفله و السهو و العبث و نحو ذلك مما سمعته فى الطلاق الذى قد مر البحث فى ذلك فيه و فى الرجوع إليه بدعوى عدم القصد و غيره من المباحث، كدعوى الإكراه و نحوه، فلاحظ و تأمل.

و لو خالع ولى الطفل بعوض صح إن لم يكن طلاقا مع المصلحه أو مع عدم المفسده و بطل مع القول بكونه طلاقا لما عرفته سابقا من عدم صحته من ولى الطفل، بل قد يقال بعدم صحته منه و إن لم نقل: إنه طلاق، باعتبار النصوص (۱)التى إن لم نقل أنها لبيان فرديته فلا ريب فى أن المراد منها تنزيله منزلته، فيثبت له أحكامه الظاهره بناء على أن ذلك منها على وجه يشمله إطلاق المنزله، و لكن قد عرفت أنه من أفراده و إن لم يندرج فى تعريفه المعتبر فيه صيغه «أنت طالق» المنزل على أنه للطلاق المقابل للخلع لا له بالمعنى الأعم الشامل له، و حينئذ

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من كتاب الخلع و المباراه.

فکل شرط یثبت للطلاق یثبت له، و یزید بما ستعرفه من اعتبار الکراهه.

و کیف کـان ف یعتبر فی المختلعه البلوغ و العقل فی محکی المبسوط و الجامع، و اختاره فی کشف اللثام، لانتفاء الکراهه منها، و عن التحریر لأنه لاحظ لها فی إسـقاط مالها، و فیه مالا یخفی، و فی صریح القواعد و محکی النهایه الجواز، و الظاهر فرضه فی حال تحقق الکراهه منهما، ضـروره عدم منافاه حصولها للصـغیره الممیز و المجنون الذی یمکن فرض سـبق الکراهه منه فی حال العقل ثم اسـتمرت إلی حال الجنون، و دعوی عـدم اعتبار کراهتهما یـدفعها أنه لا دلیل علی العدم، بل ظاهر الأدله الشـرطیه التی هی من أحکـام الوضع الشامله للمکلف و غیره، کالضـمان و الحـدث و نحوهما، و لعل ذلک هو الظاهر من المصـنف، حیث لم یذکرهما فی الشرائط، و قد عثرنا علی نسخه لکشف اللثام قد غیر فیها ما حکیناه عنه أولا، قال: «و هو الوجه فی صغیره لا

یتصور الکراهه منها» و هذا منطبق علی ما ذکرناه.

و علی کل حال فقـد ذکر هو و غیره بل لا أجـد فیه خلافا بل الإجماع بقسـمیه علیه أنه لا بد (یعتبر خ ل) فی المختلعه أن تکون طاهرا طهرا لم یجامعها فیه إذا کانت مدخولا بها غیر صغیره و لا یائسه و کان حاضرا معها علی حسب ما سمعته فی الطلاق الذی قد عرفت کون الخلع فردا منه، فکل ما دل علی اشتراطه فیه یشترط فی الخلع، مضافا إلی

قول الصـادق علیه السـلام فی خبر حمران (۱): «لاـ یکـون خلع و لاـ تخییر و لاـ مبـاراه إلاـ علی طهر من المرأه من غیر جمـاع و شاهدین یعرفان الرجل و یریان المرأه و یحضران التخییر و إقرار المرأه أنها علی طهر من غیر جماع یوم خیرها»

و قول الباقر(۲)علیه السلام: «لا طلاق و لا خلع و لا مباراه و لا خیار إلا علی طهر من غیر جماع»

و غیرهما من النصوص (۳)الداله علی اعتبار ذلک فیه.

و لعله لذا کان المحکی عن الخلاف الاتفاق علی اعتبار ذلک فیه، سواء قلنا:

إنه طلاق أو فسخ، و لعله کذلک، نعم عن المراسم «و شروط الخلع و المبارأه شروط

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۴.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۳.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۶- من کتاب الخلع و المبارأه.

الطلاـق إلاـ أنهمـا يقعـان على كـل زوجه» و هو يغطى وقوعهمـا فى الحيض و طهر المواقعه كمـا فى كشف اللثام، لكن عن ابن إدريس يريـد أنه بائن لا رجعه مع واحد منهما، سواء كان مصاحبا للطلقه الأولى أو الثانيه، قال: «لأنه لما عدد البوائن ذكر ذلك، فـالمعنى أنهما يبينان كل زوجه» و فى كشف اللثام «حكى عن الراونـدى أنه أراد المتمتع بها- و قال-: و هـذا خطاء محض، لأن المبارأه لا بد فيها من طلاق، و المتمتع بها لا يقع بها طلاق».

و كـذا يعتبر فى الخلع أن تكون الكراهيه من المرأه خـاصه لاـ منه وحـده، فلا يجوز أخـذ العوض، و لا منهما فيكون مباراه، و لا خلاف فى أصل اشتراط الكراهيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى استفاضه النصوص (۱)أو تواترها فى ذلك.

إنما الكلام فى الاكتفاء بمطلق الكراهه، كما هو ظاهر المصنف و غيره من المتأخرين، بل هو ظاهر الآيه(۲)التى جعل المدار فيها على خوف عـدم إقـامه حـدود الله تعـالى شـأنه، و لاـ ريب فى تحققه معهـا، أو أن المعتبر إسـماع معـانى الأـقوال المـذكوره فى النصوص (۳)كما هو المحكى عن الشـيخ و غيره من المتقدمين، بل عن ابن إدريس «أن إجماع أصحابنا منعقد على أنه لا يجوز الخلع إلاـ بعـد أن يسـمع منهـا مالاـ يحـل ذكره من قولهـا: «لا اغتسل لك عن جنابه، و لا أقيم لك حـدا، و لأوطئنّ فراشك من تكرهه» أو يعلم ذلك منها فعلا».

و الأصل فى ذلك

قول الصادق عليه السلام فى حسن الحلبى(۴): «المختلعه لا يحل خلعها حتى تقول لزوجها و الله لا أبر لک قسـما، و لا أطيع لک أمرا، و لا اغتسل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من كتاب الخلع و المبارأه.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۲۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من كتاب الخلع و المبارأه.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ۳ و ذكر ذيله فى الباب- ۳- منه الحديث ۲.

لک من جنابه، و لأوطئنّ فراشک من تکرهه، و لآذنن علیک من تکرهه بغیر إذنک، و قد کان الناس یرخصون فیما دون هذا، فإذا قالت المرأه ذلک لزوجها حل له ما أخذ منها- إلی أن قال-: یکون الکلام من عندها»

و قوله علیه السلام فی حسن ابن مسلم (۱): «لا یحل له أن یأخذ منها شیئا حتی تقول: و الله لا أبر لک قسما، و لا أطیع لک أمرا، و لآذنن فی بیتک بغیر إذنک، و لأوطئن فراشک غیرک، فإذا فعلت ذلک من غیر أن یعلمها حل له ما أخذ منها»

إلی آخره،

و مضمر سماعه(۲)«سألته عن المختلعه، فقال: لا یحل لزوجها أن یختلعها حتی تقول: لا أبر لک قسما، و لا أقیم حدود الله فیک، و لا اغتسل لک من جنابه، و لأوطئنّ فراشک، و لا دخلن بیتک من تکرهه من غیر أن تعلم هذا، و لا یتکلمون

هم، و تکون هی التی تقول ذلک، فإذا هی اختلعت فهی بائن، و له أن یأخذ من مالها ما قدر علیه»

إلی غیر ذلک من النصوص التی ظاهرها ذلک، مؤیدا بأصاله عدم الصحه بدونه.

لکن

قول الباقر علیه السلام فی صحیح ابن مسلم (۳): «إذا قالت المرأه لزوجها جمله: لا أطیع لک أمرا مفسرا و غیر مفسر حل له أن یأخذ منها، و لیس له علیها رجعه»

و خبر سماعه(۴)قال للصادق علیه السلام: «لا یجوز للرجل أن یأخذ من المختلعه حتی تتکلم بهذا الکلام کله، فقال: إذا قالت: لا أطیع الله فیک حل له أن یأخذ منها ما وجد»

شاهدا عدل علی عدم اعتبار تلک الأقوال، مضافا إلی اختلافها فی تلک الألفاظ و الإجماع فی الریاض، بل قضیه جمیله(۵)المتقدمه التی هی الأصل فی نزول آیه الخلع (۶)خالیه من ذکر الأقوال المزبوره.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۵ و ذکر ذیله فی الباب- ۴- منه الحدیث ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۲.

۵- ۵ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۱۳.

۶- ۶ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۹.

بل یقوی فی النظر من ذلک کله أن المـدار علی الکراهه، إلا أنها لما کانت لا تعلم غالبا إلا بالقول أو الفعل- بل الأخیر منهما لا دلاله فیه غالبا إلا بأن تفعل المخالفه لزوجها

- فلم یبق إلاـ القول الـدال علی ذلک، کما قالت جمیله زوجه ثابت (۱)و إلا فالمـدار علی المدلول دون الدال، و من هنا اکتفی المصنف و من تأخر عنه- بل فی کشف اللثام نسبته إلی الأصحاب- بالکراهه منها، سواء علم ذلک من قولها أو فعلها أو غیرهما، لأن بها یتحقق خوف عدم إقامه حدود الله تعالی فیما بینهما.

و من ذلـک یظهر لک النظر فیما فی الریاض من عـدم الاکتفاء بالکراهه و إن وافق علی عـدم اعتبار العبارات المخصوصه، لکن قال: «لا بـد من الوصول إلی هـذا الحـد الذی فی النصوص، و هو تعدیها فی الکلام بما یدل علی خوف وقوعها مع عدم الطلاق فی الحرام» بل قال: لا وجه لإطلاق المتن و غیره الاکتفاء بالکراهه محتجا بظاهر النصوص المزبوره قال: «بل ربما دل بعضها علی أن الاکتفاء بأقل من ذلک قول العامه» إلا أنه کما تری حتی ما ذکره أخیرا، فإن

قوله علیه السلام فی حسن الحلبی(۲): «و قد کان الناس»

إلی آخره لیس إشـاره إلی العـامه، و إنمـا المراد حکایه فعل الناس، و أنهم یرخصون بأقل من هـذا الکلام المنفر لکل أحـد، بل مقتضاه فساد الخلع لکثیر من النساء التی تختلع فی عصرنا هذا و ما قاربه بمحضر من أعاظم علمائه.

و أغرب منه ما حکاه فی الحدائق عمن عاصره من مشایخ بلاد البحرین من اعتبار الکراهه

الـذاتیه، قـال: «و قـد حضـرنا فی غیر موضع مجلس الخلع، و کـان لا یوقعونه إلا بعـد تحقیق الحال و مزیـد الفحص و السؤال فی ثبوت الکراهه الذاتیه، و عدم الکراهه العارضه، و السعی فی قطع الأسباب الموجبه للکراهه التی تدعیها المرأه، لیعلم

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۱۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۳.

کونهـا ذاتیه غیر عارضـیه، فـإذا تحقق ذلک و علموا أنه لا یمکن رفعها بوجه من الوجوه أوقعوا الخلع بها» و هو من الغرائب التی لا یساعد علیها کتاب و لا سنه و لا فتاوی أصحاب لا فی المقام و لا فی غیره، بل کلامهم فی باب الشـقاق بین الزوجین صریح فی خلافه، و الله الهادی إلی الصواب.

کما أن کلام المتأخرین مثل المصـنف و غیره ظاهر أو صـریح فی عـدم خلاف فی المسأله حملا لکلام المتقـدمین الـذی منه ما سمعته من ابن إدریس علی إراده تحقق الکراهه منها، لا ما فهمه فی الریاض من أنه لا بـد معها من التعـدی فی الکلام علی وجه یخاف وقوعها مع عدم الطلاق فی الحرام.

بل فی الحـدائق «لم یشترط أحد فیما أعلم ممن تقدم أو تأخر البلوغ إلی هذا الحد المسـتفاد من هذه الأخبار و توقف الخلع علی کلامها بشـی ء من هذه العبارات» و لعله کذلک، ضـروره اسـتبعاد دعوی اشتراط الاسماع المزبور تعبدا بحیث لا تجزئ الکراهه المتحققه التی یخاف معها من أمثال ذلک، بل یمکن دعوی القطع بعدمه خصوصا بعد ما سمعته (۱)من بعض عبارات الأصحاب فی المسأله الاتیه.

و فرض حصول الکراهه مع الأـمن من هـذه الأحوال فی امرأه لقوه دینها- کما یحکی عن امرأه کانت تحت شـخص قـد تمرض مرضا شدیدا فبالغت فی خدمته، فلما بری ء أراد جزاءها علی ذلک، فقال لها: اقترحی علی جزاء، فقالت له:

اسـکت عن هـذا الکلام، ثم ألـح علیها، فأجابته بأنی أریـد منک جزائی طلاقی، لأنی کارهه لک من أول الأمر، و لکن فعلت ما فعلت خشـیه من الله تعـالی شـأنه فی التقصـیر فی حقـک- مع أنه فی غـایه البعـد- و لـذا طلبت المرأه المزبوره أن یکون جزاءها طلاقها مخافه الوقوع فی المحرم علیها من ترک حقوق الزوجیه- یمکن أن یقال:

إن الشارع اکتفی بالکراهه التی من شأنها وقوع مثل ذلک، فلا ینافی تخلفها فی بعض الأفراد النادره، کما أنه لا یکتفی بالمخالفه و التقصیر فی حقوق الزوج مع عدم کونه عن کراهه، و لکن لضعف دین أو غیره، فتنقح من ذلک کله أن اعتبار

۱- ۱ هکذا فی النسخه الأصلیه المبیضه و فی المسوده« تسمعه» و هو الصحیح.

المتأخرين مطلق الكراهه فى محله، و لعله مراد المتقدمين أيضا، بقرينه عدم ذكر الخلاف فى المسأله، و حينئذ تكون الكلمه متفقه على ذلك.

و كيف كان ف لو قالت: لأدخلن عليك من تكره لم يجب خلعها للأصل، و ظاهر نفى الجناح و

الحل فى الكتاب (۱)و السنه(۲)بل لا دليل فى شى ء منهما على استحبابه و إن قال المصنف و غيره يستحب إلا أنه- للتسامح فيه- يمكن أن يكون وجهه الخروج من شبهه الخلاف و لما أرسله فى المتن من أن فيه روايه بالوجوب و إن كنا لم نقف عليها كما اعترف به غيرنا أيضا، إلا أنه لا ينافى ذلك الاستدلال على الندب المتسامح فيه بها.

و من ذلك يظهر لك ضعف المحكى عن الشيخ و القاضى و جماعه من القول بالوجوب إذا قالت ذلك أو خيف عليها الوقوع فى المعصيه، استنادا إلى أن ذلك منكر منها و النهى عن المنكر واجب، و إنما يتم بالخلع.

و رده فى المسالك و تبعه عليه غيره بمنع انحصار النهى فى الخلع، بل تأديه بالطلاق المجرد من البذل أقرب إليه و أنسب بمقام الغيره و النخوه من مراجعتها على بذل المال الحقير.

و فيه (أولا) منع كون القول نفسه من دون تعقبه بفعل منها منكرا.

و (ثانيا) منع وجوب الفراق عليه فضلا عن الخلع و إن أصرت هى على فعل الحرام، إذ الواجب من النهى عن المنكر القول أو الفعل الذى لا يستلزم فوات حقه، و إلا لوجب عليه تحرير العبد المصر على ترك طاعه سيده، و هو معلوم البطلان إذ لا يجب على الغير رفع يده من ماله أو حقه مقدمه لخلاص الآخر عن الحرام القادر على تركه بدون ذلك.

هذا و ظاهر القواعد بل و المتن و النافع اختصاص الخلاف فى ذلك فيما لو

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۲۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من كتاب الخلع و المباراه.

قالت القول المزبور، و المحكى عن الشيخ «و إنما يجب الخلع إذا قالت المرأه لزوجها إنى لا أطيع لك أمرا، و لا أقيم لك حدا، و لا أغسل لك من جنابه، و لأوطئن فراشك من تكرهه إن لم تطلقنى، فمتى سمع منها هذا القول أو علم من حالها عصيانه فى شى ء من ذلك و إن لم تنطق به وجب عليه خلعها».

و عن ابن إدريس حمله على تأكد الاستحباب قال: «و إلا فهو مخير بين خلعها و طلاقها و إن سمع منها ما سمع بغير خلاف، لأن الطلاق بيده، و لا أحد يجبره على ذلك».

و عن ابن زهره «و أما الخلع فيكون مع كراهه الزوجه خاصه، و هو مخير فى فراقها إذا دعته إليه حتى تقول له: لئن لم تفعل لأعصين الله بترك طاعتك، و لأوطئن فراشك غيرك، أو يعلم منها العصيان فى شى ء من ذلك، فيجب و الحال هذه طلاقها».

و عن ابن حمزه «و ما يوجب الخلع أربعه أشياء: قول من المرأه أو حكمه، فالقول أن تقول: أنا لا أطيع لك أمرا، و لا أقيم لك حدا، و لا اغتسل لك من جنابه، و لأوطئنّ فراشك من تكرهه، و الحكم أن يعرف ذلك من حالها» و الأمر فى ذلك سهل بعد ضعف القول المزبور على كل حال.

و يصح خلع الحامل مع رؤيه الدم كما يصح طلاقها و لو قيل إنها تحيض لأنها إحدى الخمس التى يطلقن على كل حال، و قد عرفت أن الخلع طلاق أو كالطلاق فى الأحكام، مضافا إلى

خبر زراره و محمد(۱)عن أبى عبد الله عليه السلام «الخلع تطليقه بائنه و ليس فيه رجعه، قال زراره: لا يكون إلا على مثل موضع الطلاق، إما طاهرا و إما حاملا بشهود»

فما عن بعض الأصحاب- من أنها إن حاضت لم يجز خلعها و إن جاز طلاقها- واضح الضعف و إن قيل: إنه مبنى على كونه فسخا مع عموم ما سمعته من الخبرين (۲)لكنه كما ترى.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ۳ و ۴.

و كذا التى لم يدخل بها و لو كانت حائضا، و تخلع اليائسه و أن وطأها فى طهر المخالعه.

و يعتبر فى العقد حضور أى شهاده شاهدين دفعه بمعنى سماعهما صيغه العقد على نحو ما سمعته فى الطلاق الذى قد عرفت أن الخلع بإيجابه و قبوله فرد منه، بل إن لم نقل أنه فرد منه يعتبر فيه ذلك لإطلاق المنزله، و النصوص (۱)الخاصه التى مر عليك بعضها، فلا إشكال فى المسأله و حينئذ ف لو افترقا لم يقع لكن فى المسالك «و اعلم أن إثبات هذا المطلوب من النصوص على القول بكونه فسخا لا يخلو من إشكال، و لعل الاستناد إلى الإجماع أسهل» و فيه ما لا يخفى.

و يعتبر فيه أيضا تجريده عن شرط يقتضى تعليقه، للأدله التى سمعتها فى الطلاق و غيره، فما فى المسالك من أن دليله غير صالح، و عموم الأدله على مشروعيته يتناول المشروط، و ورود النص (۲)بجواز تعليق الظهار على الشرط يؤنس كونه غير مناف للصحه فى الجمله قد عرفت ما فيه فى الطلاق، فلا حاجه إلى إعادته، و كفى بالإجماع المحقق هنا دليلا.

و يصح الخلع من المحجور عليه لتبذير أو فلس بلا خلاف بل و لا إشكال، لإطلاق الأدله و عمومها السالمه عن معارضه الحجر الذى لا ينافى ذلك، سواء أذن الولى أم لم يأذن، و سواء كان العوض بقدر مهر المثل أو دونه، فان ذلك لا يزيد على الطلاق مجانا الذى هو نافذ منهما، لعدم منافاته للحجر فى المال، فما عساه يظهر من قواعد الفاضل- من اعتبار كون المبذول عوض المثل، و عن التذكره التردد فى ذلك- فى غير محله، لعدم الدليل على الحجر عليه فى ذلك، بل ظاهر الأدله خلافه.

نعم لا يجوز للمرأه تسليم المال إلى السفيه، بل تسلمه إلى الولى، فإن سلمته إلى السفيه و كان الخلع على عين أخذه الولى من يده، فان تلفت فى يد السفيه قبل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من كتاب الخلع و المباراه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۶- من كتاب الظهار.

علم الولى بالحـال ففى المسالـك و غيرها «رجع على المختلعه بمثلها أو قيمتها، لحصول التلف قبل قبض المسـتحق للقبض، و لو علم و

تركهـا فى يـده حتى تلفت مع تمكنه من قبضـها ففى ضـمان الولى أو الـدافع وجهان، أجودهما الثانى و إن أثم الولى بتركها فى يده.

و إن كـان الخلع على دين رجع الولى على المختلعه بمثله، لأـنه لم يجر قبض صـحيح تحصـل به الـبراءه، و تسـترد المختلعه من السـفيه ما سـلمته إليه، فإن تلف قبل رده ففى ضـمانه له وجهان تقدما فى بابه، و لا ضـمان هنا على الولى و إن أمكنه انتزاعه منه بغير إشـكال، لأنه ليس عين الحق. هـذا كله إذا كان التسـليم إلى السـفيه بغير إذن الولى، فإن كان بإذنه ففى الاعتداد به وجهان: من أنه تسـليم مـأذون فيه ممن له الولاـيه فكان مبرئا، و من الشك فى نفوذ مثل هـذا الإذن إذ ليس للولى أن يفوض إلى السـفيه الأمر فى ماله إلا أن يفرض مراعاته له بحيث لا يخرج عن يده، فيتجه البراءه، و هذا التفصيل حسن، و أطلق فى القواعد البراءه مع إذنه، و لا يخلو من إشكال».

قلت: قد تقدم تحقيق الحال فى تصرفات السفيه فى بابه، لكن المتجه هنا ضمان السفيه ما دفعته إليه، إذ ليس هو كالمجنون الذى يكون الـدافع إليه أقوى فى الإتلاـف، لأـنه عاقـل، و قـد دفع إليه المـال على وجه مخصوص لاـ مجانا، فلا ريب فى أنه أقوى من السبب، و من هنا كان المحكى عن التذكره نفى البأس عن التضمين مطلقا بعد فك الحجر عنه.

و حينئذ فما فى القواعد نحو ما سـمعته من المسالك- من أنه ليس لها الرجوع على السفيه بعد فك الحجر عنه، لأنها سلطته على إتلافه بتسليمه- لا يخلو من نظر خصوصا مع الجهل بحاله، بل قد يقال: لها المطالبه لوليه بذلك قبل فك الحجر عنه، بل قد يقال بحصول التهـاتر قهرا معهـا، لاشـتغال ذمته لهـا بمـا اشـتغلت ذمتها له، و بـذلك يظهر لك أن ما فى المسالك و كشف اللثام تبعا للقواعد لا يخلو من غبار فتأمل، هذا

كله فى الخالع إذا كان سفيها أو مفلسا.

أما المختلعه السفيهه فلا ريب فى فساد بذلها بدون إذن الولى كما فى القواعد و غيرها، و كذا المفلسه مع فرض بذلها شيئا مما تعلق به حق الغرماء، نعم لو بذلت شيئا فى ذمتها صح، بل قد يقال بصحه ذلك فى السفيهه أيضا على وجه تتبعه به بعد فك الحجر عنه كالأمه.

و كذا يصح الخلع من الذمى بل و الحربى بلا خلاف و لا إشكال لإطلاق الأدله و عمومها، بل لو كان البذل خمرا أو خنزيرا صح معامله لهم بدينهم و إن لم يجز بين المسلمين نعم لو أسلما أو أحدهما قبل الإقباض ضمنت القيمه عند مستحليه للتعذر الشرعى المنزل منزله التعذر الحسى، و قد يحتمل سقوط حقه منه لو كان المسلم هو، كما سمعت حكايه المصنف له قولا فيما لو أسلمت قبل قبض المهر و كان خمرا.

و لو ترافعا إلينا و كان الخلع بعوض صحيح قبل الإسلام أو بعده منهما أو من أحدهما قبل القبض أو بعده كلا أو بعضا أمضاه الحاكم و إن كان العوض فاسدا.

ثم إن ترافعا بعد التقابض فلا اعتراض و إن كان قبله لم يأمر الحاكم بقبضه، بل يوجب عليهما القيمه، و كذا لو أسلما ثم تقابضا ثم ترافعا أبطل القبض، و لا شى ء عليهما إلا إذا كانا علما الحرمه، فيعزرهما كما عن المبسوط.

و كيف كان ف الشرط الذى يتوقف صحه الطلاق الخلعى على تجرده منه إنما يبطل إذا لم يقتضه العقد، فلو قال: فان رجعت رجعت لم يبطل ب هذا الشرط، لأنه مقتضى الخلع، و كذا لو شرطت هى الرجوع فى الفديه (۱۱) الذى هو لها شرطت أو لم تشرط، بل فى المسالك «الضابط فى كل شرط لا يصح تعليق العقد عليه هو الشرط الخارج عن مقتضى العقد، فلو شرط ما هو مقتضاه- بمعنى أن مضمونه يتناوله العقد و إن لم يشترط- لم يضر و كان ذلك بصوره الشرط لا بمعناه، كقوله: إن رجعت فى البذل رجعت فى الطلاق، فان ذلك أمر ثابت مترتب على صحه الخلع شرط أم لم يشرط، و كذا قولها: على أن لى الرجوع فيه فى العده

و نحو ذلک» و قد تبعه غيره على هذا الكلام.

لكنه لا يخلو من غبار، ضروره أنه إن كان المراد من الشرط فى المقام هو ما يلزم به نحو الشرائط الإلزاميه فى العقود فهو خارج عما نحن فيه من الشرط التعليقى الذى قد تقدم اعتبار تجرد الطلاق عنه، و إنما هى مسأله أخرى لا مدخليه لها فى اشتراط مقتضى العقد و عدمه، بل مبناها على قابليه الطلاق بل و غيره من الإيقاعات للشرائط الإلزاميه على نحو العقود أو خصوص الخلع منه باعتبار مشابهته للعقد،

لعموم «المؤمنون عند شروطهم»(۱)

و عدمها إلا ما دل عليه الدليل فى العتق، و لعل الأقوى عدم قبول الإيقاع و خصوص الطلاق الذى هو بمنزله الإقاله فى العقود و الفسخ بالعيب و نحوه حتى الخلع منه للشرط بالمعنى المزبور، و ذلک لأن الإيقاع معنى متحد يتحقق بانتهاء صيغته، و ليس هو كالعقد المركب من القصدين الذى يقع القبول فيه لما يذكر فى الإيجاب من العوض و الشرط و غيرهما، و من هنا يتسلط على الفسخ بعدم الوفاء بالشرط فى العقد، باعتبار كون المراد عند التحليل عدم الالتزام بالعقد إذا لم يحصل الشرط الذى هو فيه جزء من العوض أو المعوض، و هذا المعنى لا يمكن التزامه فى الإيقاع، خصوصا فى مثل الطلاق الذى هو بمنزله الفسخ بالعيب و نحوه حتى الخلع منه، بناء على ما عرفت من عدم إراده المعاوضه الحقيقيه فيه. و على كل حال فهذه مسأله خارجه عما نحن فيه.

و إن كان المراد بالشرط هنا هو الذى يقتضى تعليق إنشاء الإيقاع، فتحقيق الحال فيه أن الإجماع بقسميه على اعتبار التنجيز فى العقد و الإيقاع، و لا ريب فى منافاه التعليق له، و قد ذكرنا فى السابق أن وجه البطلان فى المقتضى تأخير الأثر- سواء كان على أمر محتمل أو متيقن الحصول- هو منافاته لمقتضى التسبيب المستفاد من أدله شرعيه هذه الأسباب.

و أما لو علق على أمر مقارن كقول: «أنت طالق إن كانت الشمس طالعه»

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث ۴ من كتاب النكاح.

فقـد ذكر بعضـهم أنه يبطـل أيضـا إذ كان مترددا فى ذلك بخلاف ما لو كان عالما بحصولها، فإنه لا تعليق حقيقه فيه، و إنما هو صوره تعليق، و كذا الكلام فى «إن كانت زوجتى فهى طالق» و «إن كان ملكى فقد بعتك».

لكن قد يناقش بأن العلم بحصول المعلق عليه لا ينافى صدق تعليق الإنشاء حقيقه، ضـروره كون الإنشاء كيفيه نفسانيه، و لا ريب فى اختلافهـا بحسب التنجيز و التعليق، سواء كان المعلق عليه معلوم الحصول أو لا، فيتحقق حينئـذ عـدم التنجيز المفروض اعتباره فى العقد و الإيقاع.

اللهم إلا أن يـدعى منع الإجماع بقسـميه على اعتبار التنجيز بهـذا المعنى، لكنه كما ترى، إذ التنجيز معنى متحد، فمع فرض كونه معقـد الإجمـاع الـذى هو دليـل المسـأله يتجه البطلان، لعـدم حصوله قطعا، إذ لا مـدخليه لوجود المعلق عليه و عـدمه فى صـدق التعليق المنافى للتنجيز حقيقه فى نحو قوله: «بعتك هذا إن كانت السماء فوقنا و الأرض تحتنا».

و حينئـذ فمقتضـيات العقـد المذكور اسـتثناؤها لا تزيد على المعلق عليه المعلوم الحصول، فلو قال: «خلعتك إن كان لى الرجوع برجوعـك بالبـذل» كـان تعليقـا، خصوصا إذا كان جاهلا بالحال، و كـذا لو قال: «بعتك إن كان لى الخيار فى المجلس» أو «إن كان لى الخيار فى الحيوان إلى ثلاثه أيام» بل و كذا لو قال:

«بعتك إن كنت أملك الثمن» و هكذا.

نعم لا ـ بـأس بـأن يقول بعـد الخلع: «إن رجعت بالبـذل رجعت بالبضع» على وجه لا يكون تعليقا للعقـد، و كـذا لو قالت هى بعد البذل: «و لى الرجوع بذلك فى العده» فإنه لا يقتضى التعليق فى الإنشاء الذى قد عرفت أنه كيفيه نفسانيه، و الفرض حصولها من دون تعليق، فليس هو إلا منجزا، و الشرط المزبور إنما هو لغو، بل لا يتعقل فيه معنى الشرطيه، و بذلك اتضح لك تحقيق الحال، و ربما يأتى لك زياده تحقيق.

و من الغريب أنه فى المسالك أعرض عن إشكال المسأله بما ذكرت و ذكر

إشكالها بتخلل كلام بين الإيجاب و القبول فى الأول على تقدير تأخر القبول، و تخلله بين الاستدعاء و الإيجاب فى الثانى على تقدير تقدم الاستدعاء، و قد تقدم اعتبار الفوريه بينهما المعلوم اندفاعه بأن ذلك لا يقدح، لأنه بناء على الصحه من توابع العقد و متعلقاته، فلا يضر فصله، بل لا فصل فيه، كما هو واضح. هذا كله فى التعليق على الأمر الحاصل المقارن أو على خصوص ما اقتضاه.

أما لو قال: «خالعتک إن شئت» لم يصح و إن شاءت مقارنا لتمام إيجابه لأنه شرط ليس من مقتضاه و رافع للتنجيز المفروض اعتباره، خصوصا بعد أن كان التعليق على كلى المشيئه الذى لا ريب فى بطلانه و إن كان أحد أفرادها المقارن.

و كذا لو قال: إن ضمنت لى ألفا أو أعطيتنى أو ما شاكله و كذا باقى أدوات التعليق نحو متى أو مهما أو أى وقت أو أى حين و من الواضح الفرق بين ذلك و بين قوله: «خالعتک بألف» مثلا من غير أن يتقدم سؤالها و إن كان فى المعنى هو مشروطا بقبولها، لكنه تعليق شرعى لا لفظى من المنشئ الذى لو قال مثلا: «بعتک كذا بكذا إن قبلت» بطل قطعا، لكونه تعليقا من المنشئ منافيا للتنجيز المفروض اعتباره.

و من الغريب ما فى المسالک حيث إنه بعد أن ذكر البطلان فى هذه الأمثله معللا لها بالتعليق و غيره قال: «و فى الحقيقه هذه الأحكام كلها راجعه إلى صور الشرائط المرتبطه بالألفاظ، و إلا فالمعنى متحد، و إثبات الأحكام بمثل هذه الاعتبارات لا يخلو من تكلف».

و فيه ما لا يخفى من عدم تنقيحه لما هو المدار فى المسأله، و إلا فلا ريب فى عدم التنجيز فى هذه الأمثله و ما شابهها، و هى شرائط حقيقيه لا صوريه، و الفرق بين التعليق الشرعى و الإنشائى فى كمال الوضوح، كالفرق بين الإنشاء التنجيزى و التعليقى سواء كان المعلق عليه متوقع الحصول أو معلومه أو هو حاصل فعلا و من مقتضى

العقد أو غيره.

و أغرب من ذلک قوله متصلا بما سمعت: «و بقی البحث فی تعلیق الاستدعاء علی الشرط، و قد تقدم تجویزه و فی التحریر لو قالت إن طلقتنی واحده فلک علی ألف فطلقها فالأقرب ثبوت الفدیه، و هو تعلیق محض، إلا أن یقال بأن الاستدعاء یتوسع فیه، و من ثم لم یختص بلفظ بخلاف الخلع الواقع من الزوج، و فی الحقیقه کل لفظ یتقدم منهما فهو معلق علی الآخر، و من ثم قلنا: إنه مع تأخیر القبول من جانبها یکون فی الخلع شائبه الشرط، إلا أنهم اعتبروا فی نفس الخلع الذی هو عباره عن اللفظ الواقع من الزوج تجرده عن صوره الشرط بخلاف اللفظ الواقع منها، و لو جعلنا الخلع عباره عن العقد المرکب منهما أشکل الفرق، و علی ما ذکره فی تعریف الخلع فی التحریر- من أنه عباره عن بذل المرأه المال للزوج فدیه لنفسها- یقوی الاشکال، خصوصا فی حکمه الذی حکیناه عنه».

قلت: هو من غرائب الکلام، و مناف لما أسلفه سابقا جازما من جواز التعلیق فی استدعائها الذی هو عنده أحد رکنی المعاوضه، و قد تقدم مناقشتنا له فی ذلک، و التوسع فی الاکتفاء عنه بکل لفظ لا مدخلیه له فی جواز التعلیق، ضروره ثبوت التوسع فی القبول فی سائر العقود الجائزه المعلوم عدم جواز التعلیق فیها و أغرب من ذلک قوله: «و فی الحقیقه کل لفظ» إلی آخره، إذ قد عرفت أن ذلک تعلیق شرعی لا إنشائی.

نعم قد یقال: إن ذلک منهم بناء علی جواز التعلیق عندهم فی بذلها مؤید لما قلناه من عدم کونها معاوضه حقیقیه مشتمله علی الإیجاب و القبول، بل البذل منها داع علی صدور الطلاق منه علیه، فحینئذ لا یقدح تعلیقه، إذ لیس قبول إیجاب و إنشاء معاوضه، و إن جری علیه بعض أحکامها من الفوریه مثلا و غیره، للإجماع أو لأنه المتیقن من صحه الخلع المخالف للأصل، کما عرفت ذلک مکررا.

[النظر الرابع فی الاحکام]

[و فیه مسائل]

[المسأله الأولی لو أکرهها علی الفدیه فعل حراما]

الاولی:

لو أکرهها علی الفـدیه فعل حراما بلا خلاف و لا إشکال، ضـروره کونه ظلما محرما، و یتحقق الإکراه علیها بنحو ما سـمعته من الإکراه علی الطلاق و غیره من العقـد و الإیقاع، إذ الإکراه حقیقه واحده فی الجمیع، و لیس منه ترک ما لا یجب علیه من الأمور المتعلقه بالزوجیه و إن تأذت بـذلک و التجأت إلی الفـداء حتی الإغاره بزوجه، بل و إن قصـد بـذلک بذلها الفداء، بل لیس منه ترک حقوقها الواجبه علیه مع فرض عـدم قصـد إراده البـذل منها بـذلک، نعم متی قصـد بالترک بذل الفداء بتحقق الإکراه کما تقدم الکلام فی ذلک فی باب الشقاق بین الزوجین.

و علی کـل حـال ف لو طلق به أی الإـکراه صـح الطلاق و لم تسـلم له الفـدیه التی فرض الإکراه علیها و کان له الرجعه إن کان المورد ممـا له الرجعه فیه، و إلا بطل أصل الطلاق أو کان بائنا علی البحث السابق، أو هو بائن علی کل حال، لکون التقصـیر فی المقام من جانبه.

نعم لا خلاف معتد به فی صـیروره الطلاق رجعیا إذا کان مورده کذلک، و لا یسـتلزم بطلان الفداء بطلانه، و لعله لما عرفت من عدم المعاوضه الحقیقیه، بل کان الفداء باعثا، و ربما کان کلامهم فی المقام مؤیدا لذلک، ضروره کون المتجه علی

المعاوضه حقیقه بطلان أصل الطلاق، لمعلومیه بطلان المعاوضه ببطلان العوض الـذی هو أحـد أرکانها، و لذا قال فی المسالک من غیر نقل خلاف: «إنه إن کان الواقع خلعا بطل، و إن قلنا: إنه طلاق فلا یکون رجعیا، لأن ماهیته لا تتحقق بـدون صـحه البذل عنـدنا» و إن کان قـد یناقش بأن عـدم صـحته خلعا لا ینافی صـحته طلاقا فالأولی تعلیله بعـدم وقوع الطلاق بلفظ «خلعت» بل هو کنایه فی غیر الخلع من الطلاق، و فیه التأمل الذی ذکرناه سابقا.

[المسأله الثانیه لو خالعها و الأخلاق ملتئمه لم یصح الخلع و لا یملک الفدیه]

المسأله الثانیه:

لو خالعهـا و الأخلاق ملتئمه أی لا کراهه بینهما لم یصـح الخلع و لا یملک الفـدیه بلا خلاف و لا إشـکال، بل الإجماع بقسـمیه علیه، مضافا إلی السنه(۱)المسـتفیضه أو المتواتره التی قـد مر کثیر منها، بل و ظاهر اعتبار الخوف من عدم إقامه حدود الله تعالی (۲)المنتفی فی الفرض.

و لو طلقها و الحال هـذه بعوض لم یملک العوض، و لکن صح الطلاق، و له الرجعه مع فرض کون مورده رجعیا، و إلا کان بائنا أو باطلا علی البحث السابق بلا خلاف أجده فی شـی ء من ذلک، بل الإجماع بقسمیه علیه مضافا إلی النصوص المستفیضه علی عدم حل أخذ شی ء منها مع عدم الکراهه.

هذا و لکن فی المسالک بعد أن ذکر الحکم الأول قال: «هذا بالنسـبه إلی الخلع، و أما الطلاق بعوض فمقتضی کلام المصنف و الجماعه کونه کـذلک، لاشتراکهما فی المعنی، بل عده فی المبسوط خلعا صـریحا حیث قسـمه إلی واقع بصـریح الطلاق، و إلی واقع بغیره، و جعل الأول طلاقا و خلعا، و جعل الخلاف فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱ و ۲- من کتاب الخلع و المباراه.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۹.

الثانی هل هو طلاق أم لا، و هذا إن کان إجماعا فهو الحجه فی حکمه، و إلا فلا یخلو من إشکال، لأن النصوص (۱)إنما دلت علی توقف الخلع علی الکراهه، و ظاهر حال الطلاق بعوض أنه مغایر له و إن شارکه فی بعض الأحکام» و

قد تکرر منه هذا الکلام فی المسالک و الروضه، و أنکر علیه سبطه معترفا بعدم الموافق له علی ذلک من المتقدمین و المتأخرین.

و قد أطنب فی الحدائق فی بیان فساده بعد أن حکی ما وقع له من ذلک فی المسالک و الروضه فی مواضع، و حکی عن بعض معاصریه موافقته له فی ذلک، و أنهم طلقوا بالعوض جمله من النساء مع عدم الکراهه، فضلا عن الجهل بالحال.

و لقد عثرت علی رساله کبیره مصنفه فی هذه المسأله للعالم الربانی المحقق المدقق المیرزا أبی القاسم القمی قدس سره و هو و إن أبدع فیها و ذکر فیها أنه منذ أربعین سنه أو أزید کان علی خلاف ما ذکره الشهید و لکنه ظهر له بعد ذلک صحته، و صنف الرساله المزبوره التی هی و إن أبدع فیها لکنها أوفق بفقه الأعاجم المبنی علی التجشم و التدقیق المعلوم کونه علی خلاف طریقه المعتدلین من أهل الفن، و کان منشأ الوهم ما وقع للمصنف و غیره من ذکر حکم الخلع مستقلا، و ذکر حکم الطلاق بعوض غیر مره، و ما وقع لبعضهم کالفخر و المقداد و أبی العباس فی تعریف الخلع مما یقتضی کون الطلاق بعوض مفهوما آخر غیر الخلع، و من ذلک و نحوه نشأ الوهم فی أنه شی ء مستقل یوافق الخلع و یفارقه، بل ظاهر بعض کلمات القمی فی رسالته المزبوره أنه حیث یکون موافقا للخلع یقصد به معنی الخلع لا الطلاق و لقد أشرت سابقا إلی ما یفسد هذا کله، فلاحظ و تأمل.

و لکن نزیدک هنا أنه لیس فی شی ء من النصوص طلاق العوض أو طلاق الفداء، نعم

فیها «أن الخلع و المبارأه طلاق(۲)»

و ظاهرها کالفتاوی إراده الفردیه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الخلع و المبارأه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۲ و فیه « الخلع و المبارأه تطلیقه بائن».

منه لاـ المشاركه فى الحكم، بل ظاهر آيه الفداء(۱)التى هى فى مقام الطلاق، فعلم من ذلك أعميه الطلاق منه على نحو ما قررناه فى السلم الذى هو قسم من البيع، و لاـ ينافى ذلك تعريف الطلاق سابقا بما لا يشمل الخلع المبنى على إراده تعريف المقابل للخلع منه لا المعنى الأعم الشامل له و لغيره، و حينئذ فلا يحتاج إلى قصد معنى الخلع بلفظ الطلاق المستعمل فى مورد الخلع، بل يقصد معناه و يكون خلعا باجتماع شرائطه، كما يكون البيع فى مقام السلم سلما، و حينئذ فلا ريب فى أن مفهوم الطلاق بالعوض و مفهوم الخلع متباينان، و لكن لا مصداق لهما إلا مورد الخلع، و من هنا افترق الخلع عن الطلاق بالعوض فى صيروره الثانى رجعيا ببطلان بعض شرائط الخلع بخلاف الأول، فإنه يبطل من أصله.

و من الغريب دعوى الفاضل المزبور تحقق الطلاق بالعوض فى غير مورد الخلع، و ذكر له أقساما سته: أولها الطلاق بالعوض، و الثانى الصلح عن الطلاق بكذا، و الثالث الهبه المعوضه بالطلاق، و الرابع الجعاله على الطلاق، و الخامس اشتراط الطلاق بعقد بيع مثلا، و السادس الطلاق مع شرط العوض، و ذكر أن دليل صحه ما عدا الأول و الثانى منها عمومات الصلح و الهبه و الجعاله و البيع.

ثم أطنب فى اقتضاء الطلاق الواقع فى المذكورات البينونه إلا مع التقايل و التفاسخ أو يكفى وقوعه و إن جاز له الرجوع به حيث يكون رجعيا، و تجشم لكونه كالخالع حينئذ بكون المراد فى الصلح و الهبه و الجعاله و الشرط فى البيع طلاقا لا رجعه له فيه، فهو حينئذ فى قوه اشتراط عدم الرجعه به و إن كان لو لاـ ذلك لكان رجعيا، و جعل دليل الأول قوله تعالى (۲)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» الشامل و لو للعقد الجديد و ما دل على الوفاء بالميثاق أو العهد المحتمل إرادته أيضا من الوفاء بالعقود، و دليل الأخير

«المؤمنون عند شروطهم»(۳)

الشامل للإلزام بالعوض على جهه

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۹.

۲- ۲ سوره المائده: ۵- الآیه ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث ۴ من كتاب النكاح.

الشرطيه و لو فى ضمن الإيقاع كالشرط فى العتق، إلى غير ذلك مما ذكره فيها الذى لولا الأدب معه لقلنا فيه ما قلنا.

و من هنا ذكرنا أنها أوفق بفقه الأعاجم، وليته بقى على حاله قبل الأربعين سنه، ضروره خروج مفهوم الطلاق بعوض عن المذكورات أجمع، فإنه فيها قد وقع عوضا، لا أنه بعوض الذى يراد منه أنت طالق بكذا على وفق الخلع، على أنه يمكن المناقشه فى صحه الصلح عن الطلاق، بل و جعله عوضا عن الهبه، بل و فى كونه عملا بجعل و إن صرح بجوازه ثانى الشهيدين و بعض من تأخر عنه.

و أغرب من ذلك كله الاستدلال على الأول بعموم «أَوْفُوا»(۱)و غيره الذى من المعلوم عدم تناوله للمفروض، و على الثانى

بعموم «المؤمنون عند»(۲)

إلى آخره الذى قد ذكرنا غير مره عدم تناوله للإيقاع.

و بالجمله هذه الكلمات و نحوها مما لا ينبغى أن تسطر فى أثناء كتب الشيعه التى هى معدن أسرار النبوه، و مبرأه من أمثال هذه الكلمات اللائقه بكتب العامه لا الخاصه.

و أغرب من ذلك كله الاستدلال على صحته بعوض أو بشرط إلزامى بعمومات الطلاق الذى هو مجرد إنشاء الفسخ الذى هو غير قابل للنقل أو الإلزام بشى ء.

و من ذلك كله و غيره ظهر لك الوجه فيما اتفق الأصحاب عليه من عدم صحه الطلاق بعوض إلا فى مورد الخلع، و حينئذ تلحقه أحكامه من الرجوع بالبذل و غيره، كما هو واضح.

۱- ۱ سوره المائده: ۵- الآيه ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث ۴ من كتاب النكاح.

[المسأله الثالثه إذا أتت بالفاحشه جاز عضلها]

المسأله الثالثه:

إذا أتت بالفاحشه جاز عضلها عندنا لتفدی نفسها لقوله تعالی(۱):

«وَ لا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ ما آتَیْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ یَأْتِینَ بِفاحِشَهٍ مُبَیِّنَهٍ» و قیل: هو منسوخ بآیه الحد(۲)التی هی غیر منافیه له و لم یثبت النسخ، بل و لا القائل به منا، کما اعترف به فی المسالک و کشف اللثام، قال فی الأول منهما: «و اعلم أن القول الذی حکاه المصنف من کون الآیه منسوخه تبع فیه الشیخ فی المبسوط، و هو قول بعض العامه، و أما أصحابنا فلا یعرف ذلک لهم و لم ینقله أحد من الأصحاب عنهم، و لکن الشیخ فی المبسوط یحکی أقوالهم و یختار منها ما ترجح عنده، و قد نقل القول بکونها منسوخه بقول و قیل، و هو ضعیف المستند».

و المراد بالعضل هنا مضاره الزوجه و التضییق علیها بسوء العشره لتضطر إلی الافتداء منه بمالها، لأن أصل العضل علی ما عن الهروی و غیره: التضییق و المنع، یقال: أردت أمرا فعضلنی عنه زید إذا منعه و ضیق علیه، و أعضل فی الأمر إذا ضاق.

و أما الفاحشه ففی المسالک «قیل: هو الزنا، و قیل: ما یوجب الحد مطلقا، و قیل: کل

معصیه- ثم قال-: و کون الحکم علی خلاف الأصل ینبغی الاقتصار منه علی محل الوفاق، و هو الأول، لأنه ثابت علی جمیع الأقوال».

و فی کشف اللثام «هی کل معصیه کما فی التبیان و مجمع البیان و أحکام القرآن للراوندی أو ما مر من أقوالها إذا کرهت الزوج، کما فی تفسیر علی

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۱۹.

۲- ۲ سوره النور: ۲۴- الآیه ۲.

ابن إبراهيم (۱)».

و فی الحدائق «و أما ما یتعلق بهذه الآیه(۲)من الأخبار فلم أقف إلا علی ما ذکره أمین الإسلام الطبرسی فی کتاب مجمع البیان، حیث قال «إِلَّا أَنْ یَأْتِینَ بِفاحِشَهٍ مُبَیِّنَهٍ» أی ظاهره، قیل: و فیها قولان: أحدهما یعنی: إلا أن یزنین، عن الحسن و أبی قلامه(۳)و السدی، و قالوا: إذا اطلع منها علی زنیه فله أخذ الفدیه منها، و الآخر أن الفاحشه النشوز، عن ابن عباس، و الأولی حمل الآیه علی کل معصیه، و هو المروی عن أبی جعفر علیه السلام (۴)و اختاره الطبری».

هذا و فی المسالک «هل یتقید جواز العضل ببذل مخصوص کمقدار ما وصل إلیها؟ ظاهر المصنف و الأکثر عدمه، لإطلاقهم الجواز إلی أن تفدی نفسها، لإطلاق الآیه، و لعدهم هذا خلعا،

و هو غیر مقید، و رجح الشهید فی بعض تحقیقاته تقییده بما وصل إلیها منه من مهر و غیره حذرا من الضرر العظیم، و استنادا إلی

قوله صلی الله علیه و آله لزوجه ثابت بن قیس (۵)و قد قالت أزیده: «لا، حدیقته فقط» و فی بعض ألفاظ الخبر «أما الزیاده فلا، و لکن حدیقته»(۶)

و حمل کلام الأصحاب علی غیر صوره العضل، أو علی ما إذا بذلت الزیاده من قبل نفسها- ثم قال- و فی الاحتجاج من الجانبین معا نظر، لأن الاستثناء فی الآیه وقع من إذهاب الأزواج ببعض ما آتوهن لا بجمیعه، و الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل فی اللفظ، و الجمیع غیر داخل فیه، فإطلاق الاستثناء لا یفید، فلا حجه فیها للفریقین، و أما الخبر فلا دلاله فیه أیضا علی

۱- ۱ تفسیر علی بن إبراهیم ص ۷۳ و نقله فی تفسیر البرهان ج ۱ ص ۳۵۵.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۱۹.

۳- ۳ فی هامش النسخه الأصلیه أبی قدامه خ ل الا أن الموجود فی الحدائق و مجمع البیان« أبی قلابه».

۴- ۴ مجمع البیان ج ۲ ص ۲۴ ط صیدا- سوره النساء: ۴ ذیل الآیه ۱۹.

۵- ۵ المتقدم فی ص ۳.

۶- ۶ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۱۴.

موضع النزاع، لأن المرأه المذكوره ليست من هذا الباب، و لا عضلها زوجها، و إنما كان يريدها لو رضيت عنه، و إنما هى الكارهه له على أصل قاعده الخلع، و تقييده صلى الله عليه و آله بالحديقه لكون الزوج طلبها، و إلا لجازت الزياده إجماعا، و أما حمله لكلام الأصحاب على غير صوره العضل ففيه أنهم أطلقوا فيها، على أنک قد عرفت عدم الدليل على التقييد بقدر ما أخذت منه لا من الآيه و

لا من الخبر، و ليس ذلک من باب الخلع و المباراه ليبحث عن تقييده بذلک و شبهه، و أما حديث الإضرار فحسن، لكنه غير مقيد بكون البذل بمقدار ما وصل إليها، بل بما يحصل معه الإضرار و عدمه، و الأظهر الاقتصار فى تقدير العضل على بعض ما وصل إليها مطلقا، عملا بظاهر الآيه و وقوفا فيما خالف الأصل على محل اليقين» و نحو ذلک قد ذكر فى الروضه أيضا.

قلت: صريح كلامه أن المقام ليس من الخلع و المباراه بعد أن اعترف سابقا أنهم قد عدوه فى بابه، و ظاهرهم كون المقام منه، و إلا فقد صرحت النصوص (۱)المستفيضه أو المتواتره بعدم حل أخذ شى ء منها بدون كراهتها الظاهره بالأقوال المزبوره، و قد عرفت أن الطلاق بالعوض لا مصداق له غير مورد الخلع.

بل لعل التأمل فى كلامهم فى المقام و ذكرهم الفديه و نحوها يشرف الفقيه على القطع بكون الفرض من مقام الخلع، و إلا لذكروا له أحكاما مستقله من كونه طلاقا بائنا حينئذ أو رجعيا، و أنه يجوز له الرجوع بما أفدته أو لا، إلى غير ذلک من الأحكام.

على أنه بناء على إراده كل معصيه من الفاحشه ينبغى القول بجواز إكراه المرأه على إفدائها بكل ما يقترحه عليها أو بمقدار ما وصل إليها منه أو بعضه بمجرد غيبه أو كذبه أو غير ذلک من المعاصى و إن كانت المرأه كارهه للفراق و محبه لزوجها، و هو

حكم غريب لم يذكره فقيه، و لا بحثوا عنه، و لا ذكروا له

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من كتاب الخلع و المباراه.

أحكاما.

و كـذا لو قلنـا بأن المراد منها الزنا أو ما يوجب الحـد، بل لعل القول بجواز الإكراه لها بما لا يجوز له قبل الفاحشه من سائر أفراد الظلم حتى تفدى نفسها من المستنكرات.

فالأـولى أن يقـال: إن المراد جواز إكراه المرأه الكـارهه لزوجهـا التى هى موضوع الخلع إذا جـاءت بالفـاحشه، و هى نشوزهـا و خروجهـا عن طـاعته، لكراهتها له بالتضـييق عليها من الهجر و قطع النفقه و غير ذلك مما هو جائز لها حتى تفـدى نفسـها منه بما يشـاء منها، و هو فى الحقيقه ليس إكراها بما لا يجوز له، بل هو إكراه بحق فتأمل جيـدا، فان المقام غير محرر فى كلماتهم، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا صح الخلع فلا رجعه له]

المسأله الرابعه:

إذا صـح الخلع فلاـ رجعه له بلا خلاف أجـده فيه، بل الإجماع بقسـميه عليه، و هو الحجه بعـد الأصل و النصوص المسـتفيضه أو المتواتره التى منها

قول الرضا عليه السلام فى صحيح ابن بزيع (۱)«تبين منه، و إن شاءت أن يرد إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت»

و فى ذيل

صحيـح ابن سـنان المروى فى المحكى عن تفسـير على بن إبراهيم (۲)«لاـ رجعه للزوج على المختلعه، و لاـ على المبـارأه إلا أن يبدو للمرأه، فيرد عليها ما أخذ منها»

بل و مفهوم

موثق أبى العباس (۳)عن الصادق عليه السلام «المختلعه إن رجعت فى شى ء من الصلح يقول: لأرجعن فى بضعك»

و غيرها من النصوص (۴)الصريحه و الظاهره، و إنما ذكرنا هذه خاصه منها لجمعها بين

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الخلع و المبارأه.

الدلاله على ذلك و على أن لها الرجوع فى الفديه ما دامت فى العده و إن لم يرض الزوج بذلك.

نعم مع رجوعها يرجع إن شاء الذى لا أجد فيه خلافا، أيضا إلا من ابن حمزه، فاعتبر التراضى منهما مع إطلاقهما، أما إذا قيدا أو أحدهما كان للمرأه الرجوع بما بذلت، و له الرجوع بها إن شاء، و لا ريب فى ضعفه و إن نفى عنه البأس فى المختلف، ضروره كونه كالاجتهاد فى

مقابله النص الحاكم على قاعده كون ذلك مقتضى المعاوضه بعد تسليم كونها كذلك حقيقه.

إنما الكلام فى اشتراط جواز رجوعها بإمكان صحه رجوعه و عدمه، صريح جماعه كما عن ظاهر الشيخ الأول، بل ربما نسب إلى الشهره، و ظاهر غير واحد ممن أطلق جواز الرجوع بها حتى المصنف الثانى.

و لعل الأقوى الأول،

لقاعده «لا ضرر و لا ضرار»

و غيرها، مضافا إلى ظاهر النصوص المزبوره، حتى الأول (١)منها الذى مقتضاه اشتراط الجواز المستفاد من قوله عليه السلام «فعلت» برد ما أخذت منه، و كونها امرأه له المنزل على إراده بحكم امرأته، باعتبار جواز الرجوع له حينئذ، للإجماع على عدم رجوعها زوجه له بمجرد رجوعها بالبذل، فلا يجوز لها رد ما أخذت منه، و لا تكون امرأه له كما فى المطلقه ثلاثا.

و أما الموثق (٢)فدلالته ظاهره و إلا لبقى الشرط بلا جزاء، بل لعل اتفاق الأصحاب على تقييد جواز رجوعها بالبذل بما إذا كان فى العده مع خلو النصوص عنه مبنى على التلازم المزبور، للعلم بعدم جواز الرجوع له بعدها، لصيروره المرأه أجنبيه حينئذ كالصغيره و اليائسه اللتين لا عده لهما اللتين قد استفاضت النصوص (٣)بكون طلاقهما حيث يقع

بائنا، فتقيد جواز رجوعها بالعده مقدمه لجواز رجوعه

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ٩.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢ و ٣- من أبواب العدد من كتاب الطلاق.

حینئذ، کما أن الإجماع و إطلاق النصوص (۱)علی جواز الخلع لمن لا عده لها أو کانت عدتها عده بائن کالمطلقه ثلاثا، فلا یتوهم اقتضاء النصوص المزبوره اختصاص مورد الخلع بالرجعیه باعتبار ما فیها من أنه إن رجعت رجع، بدعوی کون ذلک کاللازم لماهیته، إذ هو کما تری.

فتحقق حینئذ أنه لا- رجوع لها حیث لا رجوع له لعدم عده أو لانقضائها أو لغیر ذلک، لا أقل من أن یکون ذلک هو المستفاد من النصوص (۲)المزبوره، فیبقی عدم جواز رجوعها فی غیره علی أصاله عدم الجواز.

بل قد یقوی بملاحظه الأخیر عدم صحه رجوعها مع فرض عدم علمه بذلک إلی انقضاء محله، لأن الثابت من الأدله المزبوره رجوعها فی حال العلم بذلک، أما الصحیح الأول (۳)الذی قد اعتبر فی شرطه کونها امرأه له فأقرب مجازاته حال علمه الذی یکون فیه حینئذ أحق ببضعها، و أما الموثق (۴)فجواب الشرط فیه الخطاب بقول: «لأرجعن ببضعک» الذی لا ینطبق إلا علی حال العلم، و أما الثالث (۵)فاختصاص دلالته فی حال العلم واضح، و لم نقف علی

غیرها، فیبقی فی غیر مفادها علی أصاله المنع، مؤیدا

بقاعده «لا ضرر و لا ضرار».

و دعوی ظهورها فی أن الشرط ثبوت رجوعه شرعا أعم من أن یرجع أم لا- و متی کانت العده رجعیه کان رجوعه جائزا سواء علم أم لم یعلم، کما لو طلق رجعیا و لم یعلم بجواز الرجوع فیها فترک إلی انقضاء العده، فإن ذلک لا یخرج العده عن کونها رجعیه- واضحه المنع بعد الإحاطه بما ذکرنا من انحصار الدلیل فی النصوص المزبوره التی لا ینکر عدم استفاده حکم غیر الفرد المزبور منها، لعدم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الخلع و المباراه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من کتاب الخلع و المباراه.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۹.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۷- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۷- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۴.

تعرض فيها لغيره، فيبقى على أصل المنع بعد فرض عدم إطلاق يندرج فيه.

و كذا دعوى كون المحصل من الأدله كون رجعتها شرطا فى جواز رجوعه، و الشرط لا يتوقف وجوده على وجود المشروط بالفعل و إلا دار.

بل هى أوضح من الأولى منعا، خصوصا ما ذكر من الدور فيه المعلوم عدمه فى المقام الذى حاصله عدم صحه رجوعها إلا فى حال علمه بذلك.

و حينئذ فما فى القواعد و غيرها من الحكم بالصحه لا يخلو من نظر، و كان منشأ الاشتباه استفاده الحكم الوضعى من النصوص (۱)المزبوره، و هو غير مقيد، و هو كذلك لو أن الأدله أفادته على الوجه المفروض، و إنما

إفادته على النحو الذى ذكرناه، و لا شمول فيه قطعا.

و على كل حال فبناء على عدم اعتبار العلم فى جواز رجوعها لو أنشأ الرجوع جاهلا برجوعها فصادف سبق رجوعها فالظاهر الصحه، من غير فرق بين الذاهل و غيره، لإطلاق ما دل على سببيته، كما تقدم البحث فى نظائر ذلك غير مره.

ثم إنه حيث ترجع المرأه بالبذل و يكون للزوج حق الرجوع فهل تكون بذلك مطلقه رجعيه يثبت لها جميع أحكامها من النفقه و التوارث و غيرهما كما هو أحد الوجهين أو القولين، لعدم كون الرجعيه إلا من جاز الرجوع فيها، و إيماء الخبرين (۲)المزبورين إلى ذلك أم لا، لأنها ابتدأت على البينونه و سقوط هذه الأحكام، فعودها بعد ذلك يحتاج إلى دليل، و الأصل بقاء الأحكام السابقه، و لا يلزم من جواز رجوعه على الوجه المزبور كونها رجعيه مطلقا، لجواز أن يراد بالرجعيه ما يجوز للزوج الرجوع فيها مطلقا، بل فى المسالك هو الظاهر.

قلت: قد يقال- بعد تسليم عدم دلاله الخبرين المزبورين على صيرورتها حينئذ

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الخلع و المباراه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ۳ و ۴.

رجعیه و لو باتحاد التعبیر عنهما أو ما یقاربه، و عدم ظهور الأدله فی کون الخلع طلاقا، و أن بینونته إنما هی من جهه الفداء الذی هو کالشراء أو الصلح، فمع فرض رجوع

البذل عاد الطلاق إلی أصله کما لو فسد، بل قد یدعی ظهور الأدله حتی آیه «وَ بُعُولَتُهُنَّ»(۱)فی أن الأصل فی الطلاق أن یکون رجعیا-: إن

الصحیح الأول (۲)باعتبار قوله علیه السلام فیه: «و تکون امرأته»

دال علی أن المختلعه کالزوجه، نحو ما ورد(۳)فی الرجعیه، فان لم نقل باندراجها فیها أمکن استفاده أحکامها من ذلک، نحو ما استفید أحکام الرجعیه.

و لعله لذلک و غیره أطلق الأصحاب فی کل مقام یبطل الخلع فیه صیروره الطلاق رجعیا، و حینئذ فلا یجوز له نکاح الأخت و لا الرابعه بعد رجوعها بالبذل، أما قبله فلا إشکال فی الجواز، و إن ذکر بعض وجها للعدم، باعتبار تزلزله، لإمکان رجوعها، لکنه فی غیر محله، إذ هو حینئذ کالاجتهاد فی مقابله إطلاق النصوص (۴)أنه تطلیقه بائنه، و خصوص

صحیح أبی بصیر(۵)عن أبی عبد الله علیه السلام «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أ یحل له أن یخطب أختها من قبل أن تنقضی عده المختلعه؟ قال: نعم قد برئت عصمتها منه، و لیس له علیها رجعه»

الظاهر- و لو بقرینه ما فی ذیله الذی هو کالتعلیل- فی جواز التزویج بها، مضافا إلی

صدق عدم الجمع بین الأختین و تزوج الخمسه فی الفرض، و غیر ذلک.

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۸.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أقسام الطلاق و الباب- ۱۳- منها الحدیث ۶ و الباب- ۲۰- منها الحدیث ۱۱ و الباب- ۱۸ و ۲۰ و ۲۱- من أبواب العدد من کتاب الطلاق.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵- من کتاب الخلع و المباراه.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۲- من کتاب الخلع و المباراه.

و هـل لهـا الرجوع بالبـذل حينئـذ و إن لم يجز له الرجوع باعتبار كون المانع من قبله، مع أنه يتمكن منه أيضا و لو بتطليق الأخت مثلاـ بائنا- كما مال إليه بعض الناس- أو لا يجوز الرجوع، لعـدم تناول النصوص (۱)المزبوره المنحصـر فيها دليل جواز رجوعها للفرض خصوصا الأول (۲)منها بل و الثانى (۳)و الثالث(۴)؟ و لعله الأقوى، و لا ينافى شيئا مما ذكرنا ما فى شرح الإرشاد و غيره من نفى الخلاف أو الاتفاق على كون البذل جائزا من جهتها المعلوم إراده ذلک فى الجمله منه خصوصا بعد عدم ذكرهم له فى سياق المسأله، و إنما ذكر فى أثناء كلام لهم فى غير المقام، كما هو واضح بأدنى ملاحظه.

ثم إنه لا يخفى عليک ظهور الموثق (۵)المزبور،

و قوله عليه السلام فى صحيح ابن سنان (۶): «ينبغى»

إلى آخره المعلوم منه إراده استحباب اشتراط مقتضى الخلع فيه جواز(۷)رجوعها ببعض البذل،

و أنه يثبت له حق الرجوع بذلک و لا ينافى ذلک

قوله عليه السلام فى الصحيحين (۸): «ما أخذ منها»

الظاهر فى جميعه بعد أن لم يكن ظاهرا فى الشـرطيه، و أقصاه أن ذلک أحد أفراد الرد، فلا ينافى اسـتفاده جواز الفرد الأخر له و هو رد البعض من الموثق و الصـحيح، مؤيـدا ذلک بأنه إذا صح لها الرجوع بالجميع صح لها الرجوع بالبعض، لأن الحق لها، فلها إسقاط بعضه، كما لها إسقاط جميعه، فان عدم الرجوع فى قوه الإسقاط، إذ لا يلزم منه رجوع العوض الأخر.

و من ذلک بان لک ضعف احتمال عدم جواز رجوعها بالبعض، لأن ذلک يقتضى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الخلع و المباراه.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ۹.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ۴.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ۳.
۵- ۵ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ۳.
۶- ۶ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ۴.
۷- ۷ هكذا فى النسختين الأصليتين و الصحيح« فى جواز».
۸- ۸ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ۳ و ۴.

صیروره الطلاق رجعیا، و هو مشروط بعدم الاشتمال علی العوض، و الفرض بقاء البعض عوضا، إذ لا فرق بین القلیل و الکثیر، و من ثم لو جعل ابتداء ذلک القدر الباقی أو أقل منه کفی فی البینونه، و الجمع بین کون الطلاق رجعیا و بقاء العوض فی مقابلته جمع بین متنافیین، إذ هو کالاجتهاد فی مقابله النص، علی أن العوض هنا المجموع دون البعض الباقی و إن کان صالحا لأن یکون عوضا لو وقع الخلع علیه، فیصدق حینئذ بانتفاء البعض انتفاء العوض، و یثبت حکم الرجوع.

و من الغریب میله إلی ذلک فی المسالک مستدلا له بما سمعت قال: «و فی صحیح ابن بزیع (۱)ما یرشد إلیه، لظهوره فی اعتبار رد الجمیع، لأن «ما» من صیغ العموم، فلا یترتب علیها الحکم بالبعض، و هو العمده فی الباب لصحته» و فیه مالا یخفی بعد الإحاطه بما ذکرناه.

و أضعف منه احتمال جواز رجوعها بالبعض، لأن البذل جائز من جهتها، و لکن لا یجوز له الرجوع، لأن بقاء شی ء من العوض مانع من رجوعه و هو حاصل، إذ هو مع ما فیه مناف لقاعده الإضرار، و التحقیق ما عرفت.

نعم الظاهر وجوب رد الجمیع علیه إذا اختار الرجوع، لظهور ذیل صحیح ابن سنان (۲)فی ذلک، بل هو مقتضی المعاوضه.

بقی شی ء، و هو أن ظاهر النص (۳)و الفتوی فی المقام عدم الفرق فی صیرورتها بحکم الرجعیه فی جواز الرجوع بها بین فراقها بصیغه الخلع أو الطلاق کما ذکرناه سابقا، و هو مؤید لما ذکرناه سابقا من احتمال صیرورتها مطلقه رجعیه لو بان فساد البذل و إن کان بصیغه «خلعت» و لو لم یکن إجماعا منهم لأمکن القول هنا أیضا بأنه إن کانت الصیغه هنا بلفظ «خلعت» و رجعت بالبذل فسد الخلع من أصله و عادت الامرأه امرأه له بلا رجوع منه، بل ربما أمکن تنزیل صحیح ابن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الخلع و المباراه.

بزیع (۱)علیه، بخلاف ما إذا کان الخلع بلفظ الطلاق، فإنه حینئذ یبطل الخلع، و یبقی الطلاق رجعیا أو غیره علی حسب مورده، کما عرفته سابقا، و بذلک حینئذ تنتظم کلماتهم التی منها قوله:

[المسأله الخامسه لو خالعها و شرط الرجوع لم یصح]

المسأله الخامسه:

لو خالعها و شرط الرجوع (الرجعه خ ل) لم یصح الشرط، لکونه مخالفا للسنه(۲)المقتضیه کون الخلع طلاقا بائنا، بل یبطل الخلع أیضا، کما صرح به فی المسالک، لکنه شبه المعاوضه التی قد عرفت بطلانها ببطلان الشرط فیها فی محله، خلافا لابن إدریس کما تقدم تحقیق الحال فیه فی کتاب البیع، و لا یکون الخلع ببطلان الشرط طلاقا، لما عرفت من عدم انعقاد الطلاق به عندهم، و أن العوض عندهم جزء مفهومه و منه الشرط، فمع فرض بطلانه یبطل أصل الخلع.

و کذا یبطل الشرط لو طلق بعوض لأنه شرط باطل علی کل حال، من غیر فرق بین کون الخلع بصیغه «خلعت» أو صیغه الطلاق بعوض، نعم فی المسالک هنا أنه ینبغی أن یقع الطلاق رجعیا إن خلا من موجبات البینونه، و إلا اتجه بطلانه، و هو مبنی علی مذاقه الذی قد تقدم النظر فیه، ضروره عدم الفرق فی القصد بین کون مورد الطلاق رجعیا و غیره، فمع فرض عدم اقتضاء فساد العوض أو الشرط فساد أصل الطلاق لکونهما قصدین متباینین یتجه صحه الطلاق

کیفما کان مورده، و إلا بطل فیهما، و ظاهر الأصحاب عدم مدخلیه العوض فی صحه قصد الطلاق، فیتجه فی المقام المفروض فیه بطلان الشرط صحه الطلاق و إن بطل المعنی المعاوضی الذی به صار خلعا علی طریقه المعاوضه التی تبطل ببطلان

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من کتاب الخلع و المباراه.

الشرط فيها و إن كان للنظر فى أصل دعوى تمايز قصدى الطلاق و العوض و عدم الارتباط بينهما على نحو المعاوضه لا فى العوض و لا فى الشرط مجال.

[المسأله السادسه المختلعه لا يلحقها طلاق بعد الخلع]

المسأله السادسه:

المختلعه لا يلحقها طلاق بعد الخلع عندنا بلا خلاف و لا إشكال لأن وقوع الثانى بها مشروط بالرجعه و الفرض انتفاؤها، و كذا الظهار و الإيلاء المعتبر فى موردهما كونها زوجه، و هى بالخلع الذى هو تطليقه بائنه صارت كالأجنبيه. نعم لو رجعت فى الفديه فرجع هو بها جاز استئناف الطلاق لصيرورتها زوجه حينئذ، كما هو واضح.

[المسأله السابعه إذا قالت طلقنى ثلاثا بألف فطلقها قال الشيخ لا يصح]

المسأله السابعه:

إذا قالت: «طلقنى ثلاثا بألف» فطلقها قال الشيخ فيما حكاه المصنف و الفاضل فى محكى التحرير عنه لا يصح عندنا لأنه طلاق بشرط و فيه ما لا يخفى من أنه لا شرط فى الفرض. و لذا قال المصنف مشيرا إلى النظر فيه الوجه أنه طلاق فى مقابله بذل، فلا يعد شرطا (۱۱) لكن فى المسالك «الذى رأيناه فى كلام الشيخ خلاف ذلك، و أنه نقل البطلان معللا بالشرط فى كلام آخر يخالف ما نقله المصنف فى اللفظ و المعنى، و هو أنه جعل مورد الشرط ما لو قالت:

«طلقنى على أن لك على ألفا» و هذا اللفظ هو المحتمل للشرط دون ما عبر به المصنف، لأن الباء صريحه فى العوض، قال فى موضع من المبسوط: إذا قالت لزوجها:

«طلقنى ثلاثا بألف درهم» فقال لها: «قد طلقتك ثلاثا بألف درهم» صح عند المخالف، و عندنا لا يصح، لأن الطلاق الثلاث لا يقع عندنا بلفظ واحد، و لا يجب أن نقول هنا أنها تقع واحده، لأنها إنما بذلت العوض فى الثلاث، فإذا لم يصح

الثلاث وجب أن يبطل من أصله، ثم قال: إذا قالت له: «طلقنى ثلاثا على أن لک على ألفا» فطلقها صح الخلع، و لزمها الألف، و انقطعت الرجعه، و عندنا لا- يصح، لما قلناه، و لأنه طلاق بشرط، و قال فى موضع آخر إن قالت له: «طلقنى ثلاثا بألف» فطلقها ثلاثا فعليها الألف، و إن طلقها واحده أو اثنتين فعليها بالحصه، و عندنا أنه لا يصح أصلا، و قد مضى. و إن قالت له: «طلقنى ثلاثا على ألف» فالحكم فيه كما لو قالت بألف، و قال قوم فى هذه: «إن طلقها ثلاثا فله ألف، و إن طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق، و لم يجب عليها ما سمى، و فصل بينهما بأن قال: إذا قالت بألف فهذه باء البذل، و البذل يقتضى أن يقسط على المبذل، كما لو باعه ثلاثه أعبد بألف، و إذا قال: «على ألف» علق الطلاق الثلاث بشرط هى الألف، فإذا لم يوقع الثلاث لم يوجد الشرط، فلم يستحق شيئا».

قلت: لا- ريب فى أن تعليل البطلان فى العباره المزبوره بصوره التعبير بعلى لا الباء، مع أن مختاره كونها كالباء فى إفاده العوضيه و إن حكى عن بعضهم الشرطيه، لظهور قوله تعالى (۱)«أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هاتَيْنِ عَلى أَنْ تَأْجُرَنِی ثَمانِيَ حِجَجٍ» فى العوض، بل هو المراد من قوله تعالى (۲)«أَتَّبِعُکَ عَلى أَنْ تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْداً» الآيه، و أوضح منه «فَهَلْ نَجْعَلُ لَکَ خَرْجاً عَلى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنا وَ بَيْنَهُمْ»(۳)إلى آخرها.

مضافا إلى إمكان دعوى فهم العرف منها ذلک من سائر استعمالاتها فى أمثال المقام، خصوصا بعد أن لم يذكر أحد أنها من أدوات الشرط و إن كان لا مانع من قصد معناه فيها فى بعض المقامات بضرب من التجوز أو غيره.

على أن الأمر فى ذلک سهل، لأنها مسأله لفظيه، فلا وجه للإطناب فيها كما فى المسالک، على أن المصنف لم يسند ذلک إلى الشيخ فى المبسوط، و لعله فى

۱- ۱ سوره القصص: ۲۸- الآيه ۲۷.

۲- ۲ سوره الكهف: ۱۸- الآيه ۶۶.

۳- ۳ سوره الكهف: ۱۸- الآيه ۹۴.

الخلاف، بل لعله فی المبسوط فی موضع غیر ما نقله، فان من لاحظ المبسوط یعلم تشویشه و کثره تفریعه علی مذاهب العامه و الخاصه علی وجه یشتبه الحال فی کثیر من مقاماته، بل لا تنقیح فی کثیر من عباراته، و لعله لذا هجر استعماله فی هذه الأزمنه، و اقتصر علی المنقول عنه فی الکتب المعروفه.

و کیف کان ف تحقیق الحال فی مفروض المسأله علی أصولنا أنها إن قصدت الثلاث ولاء من دون تخلل رجعه بزعم صحتها مفیده للبینونه سواء کان التثلیث مترتبا أو مرسلا لم یصح البذل لکونه بذلا علی أمر باطل، ضروره معلومیه عدم وقوع الثلاث عندنا بذلک و إن طلقها ثلاثا مرسلا بأن قال: «أنت طالق ثلاثا» فضلا عن المترتب الذی یقع فیه الثانی و الثالث علی المطلقه، لما عرفت من عدم وقوعه بذلک ثلاثا عندنا علی کل حال، بل هو فی المرسل إما باطل أو یقع واحده علی الخلاف السابق، فلا یملک البذل حینئذ بذلک. لأنه لم یفعل ما سألته من الطلاق الثلاث المقتضی للبینونه، اللهم إلا أن ترید التلفظ بذلک، و هو خروج عما نحن فیه.

و قیل کما عن موضع من المبسوط بناء علی وقوع الواحده بالأخیر یکون له الثلث من الألف، و کذا المترتب ل أنه هو بعد أن جعل عوضا کان موزعا علی الثلاث و الفرض وقوع الواحده قطعا فی المترتبه، و فی قول فی المرسله، فیکون لها ثلث الألف، و فیه أن الظاهر جعل البذل فی مقابله المجموع الذی ینتفی بانتفاء بعضه، فلا یستحق شیئا، و لذا کان المحکی عن موضعین آخرین من المبسوط عدم استحقاق شی ء.

أما لو قصدت الثلاث التی یتخللها رجعتان ففی القواعد و غیرها صح (۱۱) و ظاهرها صحه ذلک خلعا، لکونه حینئذ بذلا علی شی ء صحیح له فائده فقصد، و فیه منع عموم أو إطلاق فی أدله الخلع علی وجه یتناول الفرض بحیث تجری علیه أحکام الخلع التی قد عرفت مخالفتها للأصل.

نعم قد يقال بصحته جعاله على إشكال تقدمت الإشاره إليه، و يأتى تحقيقه فى محلها، بل و كذا الإشكال فى صحته صلحا كما أشرنا إليه سابقا.

بل ربما أشكل كونه خلعا أيضا بأن وقوع الثلاث على هذا الوجه يستدعى تأخر الطلقتين الآخرتين عن استدعائها بتخلل الأول بينهما و بتخلل الرجعتين، و ذلك مناف لعقد الخلع كما سلف، و بأن البذل فى مقابل الطلقات الثلاث و رجوعه فى كل واحده متوقف على رجوعها قبله بالبذل، فان لم يحصل لم تصح الطلقات، لكونها بائنه يتوقف على رجوعها ثم رجوعه ليصح الطلاق المتعقب، و إن حصل لم يتحقق استحقاقه الألف، لأن رجوعها بالبذل يرفع استحقاقه له، فلا يكمل له الألف فى الثالثه، و لو قيل بأن البذل فى مقابله الثالثه خاصه ليسلم من توقفه على رجوعها لم يحصل الفوريه بين طلبها و جوابه أصلا.

و عن بعض الجواب عن الأخيرين باعتبار الفوريه فى الطلاق الأول خاصه، و جعل الباقى من تتمه المقصود، و اعتبر رجوعها فى البذل بين الطلقات، لتوقف ما طلبته عليه، و التزم توقف ملكه للألف على الثالثه، لأن بها حصل ما طلبته فاستحق ما بذلته، فيكون الأولتان شرطا فى استحقاق البذل على الثالثه لا جزء من المطلوب.

و عن بعض آخر الجواب بأن شرطها ذلك إذن منها له و توكيل فى الرجوع عنها فى البذل، لاستلزام وقوع الثلاث على هذا الوجه تخلل الرجوع، فإذا بذلت عليه العوض فقد أذنت له فى فعل ما يتوقف عليه صحتها، فإذا طلق واحده جاز له الرجوع عنها فى البذل لتصير رجعيه، ثم يرجع و يطلق، ثم يرجع فى البذل كذلك ثم يرجع هو و يطلق.

و قد يناقش فى الأول بأن رجوعها يمنع من تملكه للعوض المفروض فى مقابله الطلقه المرجوع فى عوضها، فلا يمكن الجمع بين كون الألف مبذوله فى مقابله الثلاث و بين ثبوتها فى مقابله الأخيره، لأن ثبوتها فى مقابله الأخيره خاصه يقتضى كون الأولتين رجعيتين، فلا يفتقر إلى رجوعها فى العوض، و أيضا فإن مقتضى

لفظها کون العوض فی مقابله المجموع لا الثالثه خاصه.

و فی الثانی بأن صریح لفظها إنما هو بذل الألف فی مقابله طلاقه لها أما فعل ما یتوقف علیه من رجوعها فلا، و لا یلزم من عدم صحه طلاقه بدون رجعتها إذنها له فی الرجعه، لجواز أن یوقع هو الطلاق ثم یتوقف علی رجوعها بنفسها فی العوض، و أیضا فالمحذور السابق من جعل البذل فی مقابله الجمیع و سقوط ما قابل المرجوع فیه آت هنا.

و ربما ظهر من بعضهم أنه لا حاجه إلی دعوی التوکیل منها، بل یجوز له الرجوع بالأولتین و إن کانتا متقابلتین، لعدم تمام الخلع الذی یتوقف رجوعه علی رجوعها بالبذل، و هو کما تری أیضا، و لعل الأولی منه جعل البذل فی مقابله الثالثه التی بها یتحقق الخلع، و الأولتان مقدمه لتحقیق کونها ثالثه، و هما رجعیتان، إلا أن فیه أیضا أنه خلاف ظاهر اللفظ، و مناف لترتیب صیغه الخلع بالفصل بطلقتین و رجعتین، و الفرض عدم کونهما من متعلقات صیغه الخلع.

و من هنا جعل فی المسالک «الحق فی الجواب عنهما أن یقال: البذل إنما دفع فی مقابله المجموع من حیث هو مجموع، لا فی مقابله کل واحد من الثلاث علی وجه التوزیع، و لا فی مقابله الثالثه خاصه، و حینئذ فلا یتحقق استحقاقه العوض إلا بتمام الطلقات الثلاث، فالأولیان تقعان رجعیتین محضا، فله الرجوع فیهما من غیر أن یتخلل رجوعها فی العوض، فإذا تمت الثلاث استحق العوض بتمامه، لا فی مقابله الثالثه کما قیل، بل فی مقابله المجموع من حیث هو مجموع، و کانت حینئذ بائنه بوجهین: کونها فی مقابله عوض، و کونها ثالثه، و الأولیان رجعیتان، لعدم بذل عوض فی مقابلتهما من حیث إنهما مفردتان، بل من حیث إنهما جزء من المجموع، و ذلک لا یقتضی استحقاق شی ء فی مقابلتهما، فارتفع الإشکال الثانی. و أما الأول فیرتفع بفوریه الطلاق الأول لاستدعائها و اتباعه بالباقی مع تخلل الرجعتین علی الفور، لأن مجموع ذلک مطلوب واحد و عقد واحد، فیکفی ترتب

أوله على استدعائها و إن بعد الجزء الأخير، كما لا يقدح بعد الجزء الأخير من الطلاق الواحد عن الاستدعاء، و هما مشتركان هنا فى الوحده من حيث اتحاد المطلوب، و كون البذل فى مقابله، و إن افترقا بتعدد أحدهما فى نفسه فان ذلك أمر آخر».

قلت: لكن فيه ما ذكرناه من الاشكال، و هو عدم صلاحيه تناول أدله الخلع لمثل المفروض، خصوصا بعد تخلل الرجعه المقتضيه لعودها زوجه المنافيه لكونها جزء الخلع كما هو واضح، بل قد يقال بعدم معقوليه ما ذكره، ضروره كون حاصله أن المجموع من حيث هو كذلك هو المقابل بالعوض، فينبغى أن يكون هو الخلع، و لا يتعقل كون مجموع طلقات مستقلات طلاقا واحدا خلعيا، إذ هو كدعوى كون مجموع بيوع مثلا بيعا واحدا، كما أنه لا يتعقل أيضا كون كل من الثلاث طلاقا خلعيا، و لذا يتوقف رجوعه على رجوعها فى الأولتين، و أنه بالتمام يكون الطلاق طلاقا واحدا خلعيا، إذ هو كما ترى، خصوصا مع ملاحظه ما ورد من النصوص (۱)بأن الخلع تطليقه بائنه، بل ظاهر جميع النصوص كون الخلع تطليقه واحده بائنه، فلا تتناول المركب من الطلقات المتعدده بل

المركب منها ليس طلاقا شرعيا، بل هو نحو المركب من البيوع المتعدده، أقصى ما هنا جعل الشارع الطلاق الثالث محرما لنكاحه لها حتى تنكح زوجا غيره، كما أنه جعل التاسع فى بعض الوجوه محرما أبدا، فالمتجه حينئذ دعوى الصحه فى الفرض لا على جهه الخلع، نعم يصح جعاله على البحث السابق.

و حينئذ فإن طلق ثلاثا فله الألف، و إن طلق واحده كما عن المبسوط قيل له: ثلث الألف، لأنه جعلته فى مقابله الثلاث، فاقتضى تقسيط المقدار على الطلقات بالسويه، و فيه تردد، منشأه جعل الجمله فى مقابله الثلاث بما هى فلا يقتضى التقسيط مع الانفراد خصوصا و الطلقه ليست متقومه، و العمده هنا الثالثه إن لم يختص بها البذل.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من كتاب الخلع و المباراه.

و لو كانت معه على طلقه مثلا فقالت طلقنى ثلاثا بألف فطلق واحده لا بنيه الأقل منه كان له ثلث الألف لقاعده التوزيع.

و قيل و القائل الشيخ فى محكى المبسوط له الألف إن كانت عالمه بعدم بقاء غير الواحده و أنها تبين منه بها، لأن ذلك يكون قرينه على إراده بذلها فى مقابلتها و أن غرضها الحرمه الكبرى، على معنى كمل لى الثلاث بألف و الثلث إن كانت جاهله لقاعده التوزيع و فيه الاشكال السابق.

و قيل: يستحق الألف على كل حال لحصول المراد بالثلاث بالواحده، و هى الحرمه الكبرى، و قيل: لا يستحق شيئا، لعدم حصول ما استدعته، بل هو لا يملكه فلا يمكنه، و التوزيع قد عرفت ما فيه، و دعوى كون علمها بالحال قرينه على ما عرفت ممنوعه، و مع فرضها يكون خروجا عن محل النزاع، و هو الذى اختاره فى المسالك.

و لو سألت الثلاث على هذا الوجه و كان يملك طلقتين فطلقها واحده فله ثلث الألف على الأول، و كذا على الثانى مع جهلها، و مع علمها فالنصف توزيعا للألف على الطلقتين، و لا شى ء له على الرابع، و الثالث منتف هنا، نعم لو طلقها تطليقتين استحق تمام الألف عليه، و ثلثيه على الأول، بل و على الثانى مع الجهل، و تمام الألف مع العلم، و لا شى ء على الرابع.

[المسأله الثامنه لو قالت طلقنی واحده بألف فطلق ثلاثا ولاء وقعت واحده]

المسأله الثامنه:

لو قالت: «طلقنی واحده بألف» فطلق ثلاثا ولاء بأن قال: «أنت طالق ثلاثا» وقعت واحده بناء علی حصولها بذلک و حینئذ یکون له الألف لإتیانه بما سألت إلا مع احتمال إرادتها الواحده التی تحصل بغیر الترکیب المزبور لغرض من الأغراض لها، فان المتجه حینئذ صحته طلاقا لا خلعا، لعدم کونه جوابا لما سألت، کما هو واضح. و لا فرق فی الأول بین العالم بالحال و الجاهل.

لکن فی المسالک «لو قیل بالفرق و تخصیص الحکم المذکور بالعالم کان وجها، و یبقی الکلام فی الجاهل الذی یجوز وقوع الثلاث، فان قصد الألف فی مقابله الأولی فکذلک، و إن قصدها فی مقابله غیرها أو مقابله الجمع توجه عدم لزوم الألف، لأنه لم یقصد تملکها فی مقابله الطلاق الصحیح، بل علق تملکها علی أمر لم یتم له کما لو طلقها ثلاثا ولاء و قصدها فی مقابله غیر الأولی» و فیه أن المفروض کون الوقوع بالإرسال الذی لا یتصور فیه اولی و ثانیه و ثالثه، اللهم إلا أن یرید التقدیر.

و حینئذ یتجه فیه ما تسمعه فیما لو قالت: طلقنی واحده بألف فقال: أنت طالق فطالق فطالق فإنه لا خلاف عندنا و لا إشکال فی أنها متی قالت:

ذلک طلقت بالأولی و لغا الباقی، فإن قال: الألف فی مقابله الأولی فالألف له، و کانت الطلقه بائنه لتحقق الخلع بها، و لغت الثانیه و الثالثه، لوقوعهما علی بائنه.

و لو قال فی مقابله الثانیه کانت الأولی رجعیه لأنها لم یقصد مقابلتها بعوض و إن سألته هی، فإن المدار علی قصده و بطلت الثانیه و الفدیه فضلا عن الثالثه، لعدم صحه الطلاق عندنا علی المطلقه و إن کانت رجعیه، و کذا لو قصد فی مقابله الثالثه.

و لو قال: فى مقابله الكل قال الشيخ: وقعت الأولى و له ثلث الألف بناء على التوزيع، و تبطل الثانيه و الثالثه و ما خصهما من التقسيط، لوقوعهما على مطلقه.

و فيه إشكال من حيث إيقاعه ما التمسته و هو الطلقه الصحيحه، فينبغى استحقاقه الجميع إن نوى كون الفداء فى مقابل الكل، لأن الخلع ليس معاوضه محضه حتى يبطل باختلاف الإيجاب و القبول فى العوض، كما لو قال: «بعتك هذه العبيد الثلاثه بألف» فقال: «قبلت واحدا معينا منها» فإنه لا يصح قولا واحدا، و قد يدفع بأنه و إن لم يكن معاوضه محضه لكنه لما قصد كون الألف فى مقابله الجميع فقد نوى فعل الأول بثلث الألف فلا يستحق الجميع، لأن هذا الاستدعاء شبه الجعاله، و مع بذل الجاعل عوضا- فقبل القابل بنيه التبرع أو بنيه الأقل- لا يستحق الجميع، فكذا هنا.

نعم هذا يتم لو لم ينو شيئا، فإنه حينئذ يكون قد فعل ما التمسته، فيستحق ما بذلته، و يجعل جوابه بقوله: «أنت طالق» أولا مطابقا لما التمسته أما مع جعله فى مقابل الكل فلا.

و لا يشكل ذلك بأن المتجه حينئذ عدم استحقاقه شيئا، لعدم مطابقه الجواب السؤال، إذ هو حينئذ كما لو قالت: «طلقنى بألف» فقال: «أنت طالق بخمسمأه» لأنا نقول: الظاهر الصحه فى المشبه به أيضا، كما عن الشيخ، لأنه زاد جزاء خيرا، و لأنه قادر على إيقاعه بغير عوض، فأولى أن يقدر على إيقاعه ببعض العوض المبذول الذى قد حصل إنشاؤه فى ضمن إنشاء بذل الجميع، و قد عرفت أن المقام ليس كالمعاوضات المحضه، بل هو من قبيل الداعى.

و كذا لا- يشكل ما هنا بأنه مناف عدم الحكم بالتوزيع فى المسأله السابقه لوضوح الفرق بين المقامين، فإنه فى الأول قد أتى ببعض ما التمسته من الطلقات و هو غير موافق لغرضها، بخلاف المقام الذى قد أتى فيه بملتمسها بأنقص م

العوض الـذى بـذلته، فـان مرجعه إلى التبرع بالزائـد عن الثلث، و ليس كل ما فعل ما التمسـته يسـتحق عليه ما بـذلته، فإنه لو نوى التبرع بالطلاق الملتمس بغير عوض لا على وجه الجواب المطابق لم يستحق شيئا فكذا هنا بالنسبه إلى بعض العوض.

[المسأله التاسعه إذا قال أبوها طلقها و أنت برى ء من صداقها فطلق صح الطلاق رجعيا]

المسأله التاسعه:

إذا قال أبوها: طلقها و أنت برى ء من صـداقها أو بعضه بمعنى أنه بذل له مالها فى ذمته على طلاقها فطلق صح الطلاق رجعيا إن كان مورده كـذلك و لم يلزمها الإبراء، و لا يضـمنه الأب الذى هو أجنبى بالنسـبه إلى ذلك مع بلوغ البنت و رشدها، و الفرض عدم وكالته، فلا ضـمان عليه للزوج و لا للبنت بعد عدم حصول الخلع و البراءه، نعم لو أجازت هى ذلك و قلنا بصـحه الفضولى فى ذلك صح البذل و كان خلعا.

بل فى المسالك «إن كان ولى عليها بصـغر أو جنون أو سـفه لم يصح أيضا، لأنه إنما يملك التصرف فيما له فيه غبطه و حظ، و لا حظ لها فى هذا، كما لو كان لها دين فأسقطه- بل قال-: لا فرق فى ذلك بين إبرائه من الجميع أو البعض و إن جوزنا له العفو عن بعضه، لأن العفو أمر آخر غير جعله عوضا عن الطلاق، و أيضا فإن العفو عن البعض مشـروط بوقوعه بعد الطلاق، كما تشـعر به الآيه، و البراءه هنا تكون بنفس الطلاق فلا يقع» و إن كان فيه لا ما يخفى، ضـروره كون هذا التصرف بمالها كغيره من أموالها يتبع فيه عدم المفسده أو المصـلحه على القولين، بل أقواهما الأول فى الولى الإجبارى، و لا خصوصـيه للمقام، فينبغى بناء صحته و فساده على ذلك لا الجزم بعدمه مطلقا، و لعل كلام المصـنف و غيره منزل على الكبيره الرشيده لا غيرها من المولى عليها التى يدور الحكم فيها على ما عرفت، من غير فرق بين الولى الإجبارى و غيره.

ثم إن ذكره السفيهه هنا مع الصغيره و المجنونه لا يخلو من شى ء، لأن السفيه

محجر علیه فی التصرف فیما له، و لیس عبارته مسلوبه لیقوم الولی مقامه فی البذل، کما تقدم تحریر الکلام فیه فی محله.

[المسأله العاشره إذا وکلت فی خلعها مطلقا صح]

المسأله العاشره:

إذا وکلت فی خلعها مطلقا صح، لمعلومیه عدم اعتبار المباشره فی البذل، فتشمله عمومات الوکاله و اقتضی إطلاق الوکاله الذی هو بمعنی الاقتصار علی التوکیل من غیر ذکر المقدار لا عموما و لا خصوصا خلعها بمهر المثل فما دون نقدا بنقد البلد بناء علی انصرافه من الإطلاق المزبور علی نحو التوکیل فی البیع و الشراء و إن کان لا یخلو من نظر.

و کذا الکلام فی الزوج إذا و کل فی الخلع و أطلق علی الوجه المزبور اقتضی أیضا الخلع بمهر المثل فما فوق نقدا بنقد البلد فان بذل وکیلها المزبور ال زیاده علی مهر المثل بطل البذل أو کان موقوفا علی الإجازه، فان لم تحصل بطل و وقع الطلاق رجعیا إن کان مورده کذلک، و کان الخلع بصیغه الطلاق و لا یضمن الوکیل للأصل و غیره.

و لو خلعها وکیل الزوج بأقل من مهر المثل بطل الخلع (۱۱) إن لم تحصل الإجازه و لو طلق بذلک البذل لم یقع (۱۲) الطلاق فضلا عن الخلع مع فرض عدم الإجازه لأنه فعل غیر مأذون فیه (۱۳) فیکون طلاق أجنبی، بخلاف ما لو طلق الزوج بعوض بذله الوکیل فبان غیر وکیل مثلا، فإنه یبطل الخلع و یصح طلاقا کما هو واضح.

[مسائل النزاع]

اشاره

و یلحق ب (۱۴) فصل الأحکام مسائل النزاع و هی (۱۵) کثیره لا یخفی حکمها المبنی علی قواعد التداعی، و من هنا اقتصر المصنف منها علی ثلاث:

[المسأله الأولى إذا اتفقا في القدر و اختلفا في الجنس فالقول قول المرأه]

الأولى:

إذا اتفقا في القدر كالمائه و نحوها و اختلفا في الجنس كالدرهم و الدينار و الإبل و الغنم مثلا فالقول قول المرأه بيمينها، كما عن المبسوط و الجواهر، بل في المسالك نسبته إلى الأكثر، لأنها هي المدعى عليها، و الموافق قولها لأصل البراءه، فتحلف يمينا على نفي دعواه، و في المسالك «تحلف يمينا جامعه بين نفي ما يدعيه و إثبات ما تدعيه» و فيه أن ما تدعيه لا حاجه لليمين عليه، لثبوته بإقرارها.

و على كل حال ليس للزوج أخذه لاعترافه بعدم استحقاقه له، و في المسالك «نعم لو أخذه على وجه المقاصه اتجه جوازه» و فيه أنه مناف لقاعده ذهاب اليمين بما فيها.

و كيف كان فقد أشكل في المسالك القول المزبور بأن «كلا منهما مدع و مدعى عليه، و الآخر ينكر ما يدعيه، و القاعده في نظائره كالبيع و الإجاره التحالف- إلى أن قال-: فلو قيل: إنهما يتحالفان و يسقط ما يدعيانه بالفسخ أو الانفساخ و يثبت مهر المثل إلا أن يزيد عما يدعيه الزوج كان حسنا، و لا يتجه هنا بطلان الخلع، لاتفاقهما على صحته، و إنما يرجع اختلافهما إلى ما يثبت من العوض، و يحتمل أن يثبت مع تحالفهما مهر المثل مطلقا لتسلط الدعويين بالتحالف، خصوصا إذا كان الواجب منه مغايرا لما يدعيه الزوج حتى لا يدخل في ضمن دعواه».

و في كشف اللثام بعد أن حكى عن الجامع قولا بالتحالف، و عن المبسوط أنه حكاه عن العامه قال: «و هو أولى، فإذا تحالفا ثبت مهر المثل».

قلت: لا يكاد يخفى وجه التحالف على مثل المصنف و الفاضل و غيرهما، خصوصا بعد أن ذكروا ذلك في نظائره، إلا أن ذلك منهم هنا مؤيد لما ذكرناه سابقا من

عدم کون الخلع عندهم من المعاوضات الصرفه، بل هو قسم من الفداء، و حینئذ یتجه ما ذکروه، لعدم تعلق الدعوی بالمعاوضه، خصوصا بعد ما عرفته غیر مره من عدم بطلان الخلع بفساد العوض، و لیس هو إلا لکونه أمرا مستقلا لا تلحقه أحکام المعاوضه، فلیس الزوج إلا مدعیا به، و لیست الامرأه إلا منکره لما یدعیه، و لا ینافی ذلک إقرارها له بغیر ما ادعاه، و فی الحقیقه لیست هی مدعیه علی الزوج شیئا.

ثم لو سلم کونه کالمعاوضات کان المتجه فسخ الخلع أو انفساخه لا الرجوع إلی مهر المثل، و اتفاقهما علی الصحه غیر مجد کما لا یجدی فی البیع، للحکم شرعا بنفی ما ادعاه کل منهما بالیمین و لو اتفقا علی عدم غیره.

ثم إن ما احتمله فی المسالک أخیرا لا یتصور له وجه فی صوره زیاده مهر المثل علی ما ادعاه الزوج، فان الحکم به له مع اعترافه بعدم استحقاقه له غیر معقول، کما هو واضح، هذا کله فی الاختلاف فی الجنس بعد الاتفاق علی القدر.

أما لو انعکس بأن اتفقا علی الجنس و اختلفا فی القدر فلا ریب فی أن القول قول المرأه فی دعوی الأقل، للأصل کما فی المعاوضات، و إن ذکرنا احتمال التحالف فیها هناک إذا کان النزاع فی تشخیص ما وقع علیه العقد، و مثله یجری هنا بناء علی أنه کالمعاوضه، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

[المسأله الثانيه لو اتفقا على ذكر القدر دون الجنس و اختلفا فى الإراده قيل يبطل]

المسأله الثانيه:

لو اتفقـا على ذكر القـدر و هو المـأه مثلاـ دون الجنس و اختلفـا فى الإـراده قيل و القائل الشـيخ فى محكى المبسوط يبطل و هو كـذلك بناء على كون المراد بالاختلاف فى الإراده أن كلا منهما أراد غير ما أراده الأخر، ضـروره سـماع كل منهما فى الاخبار عن إرادته، فيتحقق حينئذ اختلاف المرادين.

نعم لو كان المراد الاختلاف فيما اتفقا عليه من الإراده وقت العقـد بأن يقول أحـدهما: أردنا كـذا و الآخر يقول: أردنا كذا يتجه حينئذ ما قيل من أن على الرجل البينه ضروره كونه كالمسأله السابقه إذ لا مدخليه للذكر بعد فرض العلم بالإراده.

و لعله لذا قال المصنف و هو أشبه لما عرفت من كون مختاره فى السابقه ذلك، و عن العامه قول بالتحالف كالسابقه.

و لو كـان اختلافهمـا فى أصل الإراده مع اتفاقهما على عـدم ذكر الجنس فقال أحـدهما: أردنا جنسا معينا و قال الآخر: إنا لم نرد بل أطلقنا ففى المسالك «يرجع النزاع إلى دعوى الصحه و الفساد، و من المعلوم تقديم مدعى الصحه بيمينه» قلت:

لكن عن التحرير إطلاق تقديم قول المرأه هنا كما فى القواعد، قال: «لو اتفقا على ذكر القدر و اختلفا فى ذكر الجنس بأن ادعى ألف درهم، فقالت: بل ألف مطلقا فان صدقته فى قصد الدراهم فلا بحث، و إلا قدم قولها و بطل الخلع» و لعل ذلك لأن دعوى الفسـاد ترجع إلى إنكـار كون العوض المزبور المـدعى به فى ذمتهـا للزوج، و لـذا كـان القول قولهـا فيه، و إلاـ فحق الـبينونه هو للزوج، و قد ثبت عليه بإقراره الذى لا يعارضه دعواها الفساد، لأن القول قوله فيها، و هذا بخلاف دعوى الصحه

و الفساد فی عقود المعاوضه التی مقتضی دعوی الفساد فیها ترتب المطالبه بالعوض أو المعوض، و علی ذلک مبنی کلامهم فی:

[المسأله الثالثه لو قال خالعتک علی ألف فی ذمتک فقالت بل فی ذمه زید فالبینه علیه و الیمین علیها]

المسأله الثالثه: التی هی لو قال: خالعتک علی ألف فی ذمتک فقالت: بل فی ذمه زید فالبینه علیه و الیمین علیها کما عن الشیخ و المتأخرین. و حینئذ یسقط العوض عنها مع یمینها، و لا یلزم زید للأصل و اعتراف الزوج بکون البذل فی ذمتها، و لکن تکون بائنه عنه لاعترافه بخلعها علی الوجه الصحیح رعا.

و کذا لو قالت فی جواب دعواه بل خالعک فلان و العوض علیه من غیر فرق بین ذکرها علی وجه یقتضی صحه الخلع أو فساده، لأن مبنی المسأله ما ذکرناه، لا مدعی الصحه و الفساد الذی یقدم فیه مدعی الصحه علی مدعی الفساد أما لو قالت فی جواب دعواه خالعتک بکذا و ضمنه عنی فلان أو یزنه عنی فلان لزمها الألف لإقرارها ما لم تکن بینه علی دعواها، لأنها دعوی محضه، و لا یثبت علی فلان شی ء بمجرد دعواها.

و کان الفاضل فی القواعد شرح عباره الشرائع بقوله «و لو ادعی علیها الاختلاع فأنکرت و قالت: اختلعنی أجنبی قدم قولها فی نفی العوض عنها، و بانت بقوله، و لا شی ء له علی الأجنبی، لاعترافه، و کذا لو قال: خالعتک علی ألف فی ذمتک فقالت: بل فی ذمه زید، أما لو قالت: خالعتک بکذا و ضمنه عنی فلان أو یزنه عنی لزمها الألف ما لم یکن لها بینه» و لعل الصحیح «یؤدیه عنی فلان» ضروره أن دعواها الوزن لا- تنافی دعواه و إن أقامت البینه، و إنما الذی ینافیها دعوی ضمان الغیر عنها أو الالتزام بتأدیته عنها بوجه شرعی.

و علی کل حال فما عن ابن البراج- من أن القول قوله و علیها البینه لأن

الأصل فی مال الخلع أن یکون فی ذمه الزوجه- واضح الضعف، و الأصل المزبور غیر أصیل، خصوصا بعد ما عرفت غیر مره أن العوض فی الخلع لیس من أرکانه، لا بمعنی صحته بدونه، بل المراد عدم اشتراط صحته بصحته، فالدعوی فیه حینئذ لا مدخلیه لها فی الخلع.

و من هنا حکم الأصحاب بأن القول قولها فی نفیه و إن أجابت الدعوی بما یقتضی فساد البذل، لعدم کون المقام من مدعی الصحه و الفساد، خصوصا بعد أن اقتضی إقرار الزوج بالخلع الصحیح تلف المعقود علیه، لعدم تمکنه من رد البضع علی کل حال، فدعواها الفساد حینئذ ترجع إلی دعوی نفی حق له علیها، لا- إلی إثبات حق لها علیه، نعم لو کانت دعوی الفساد منه و دعوی الصحه منها اتجه حینئذ تقدیم قولها بیمینها، لأنها ترید إثبات حق البینونه لها علیه، و هو بدعوی الفساد یرید أن یثبت حق الرجوع له علیها، فتأمل جیدا، فإن المسأله فی غایه الدقه.

و لذا خفی مدرکها علی ثانی الشهیدین و بعض من تبعه، فإنه- بعد أن حکی عن الشیخ القول الأول و نسبه إلی عمل المتأخرین، و عن ابن البراج القول الثانی قال-: «و القولان مطلقا غیر منقحین، و التحقیق أن نقول: دعواها وقوع المخالعه منها علی الألف فی ذمه زید، إما أن یکون بمعنی أن لها فی ذمه زید ألفا فخالعته بها، أو بمعنی أنها خالعته بألف یثبت له فی ذمه زید ابتداء من غیر أن یکون لها عند زید ألف، فإن أرادت المعنی الأول فلا یخلو إما أن یوافقها الزوج علی أن لها فی ذمه زید ألفا أولا، و علی تقدیر عدم موافقتها إما أن یکون زید مقرا لها بالألف أو لا، فان کان الزوج موافقا لها علی ثبوت الألف فی ذمه زید و زید مقر لها بنی قبول قولها علی أن العقد علی دین فی ذمه الغیر هل یجوز أم لا، و کلامهم هنا قد یؤذن بجوازه، لکن لم ینبهوا علیه فی الفدیه و شرائطها، و جوازه فی البیع محل نظر، و أما هنا فلا یبعد الجواز للتوسع فی هذا العقد بما لا یتوسع به فی المعاوضه المحضه،

فإن جوزنا ذلک فالقول قولها، لاتفاقهما على خلع صحيح على التقديرين، و هو مع ذلک يدعى شغل ذمتها بالعوض، و مجرد الخلع أعم منه، و الأصل براءه ذمتها منه، و إن لم نجوز ذلک أو لم يكن زيد مقرا بالحق و لم يعترف الزوج بثبوتها فى ذمته فالنزاع يرجع إلى صحه الخلع و فساده، لأن دعواها تقتضى فساده، حيث لم يسلم فيه العوض، و هو يدعى صحته، و مقتضى القاعده المستمره تقديم قوله، و إن أرادت بكونها فى ذمه زيد المعنى الثانى- و هو أنها خالعته بعوض لا يثبت فى ذمتها، بل فى ذمه زيد ابتداء، بأن كان ذلک مع دعواها الوكاله عنه فى الخلع و وافق- بنى على جواز خلع الأجنبى المتبرع، و إن لم تدع ذلک أو لم يوافق لدعواها يرجع إلى فساد الخلع، و هو يدعى صحته فيكون قوله مقدما. و قد ظهر بذلک أن تقديم قولها فى هذه الصوره مطلقا غير جيد. و الظاهر أن موضوع المسأله ما إذا وقع الخلع بدين لها فى ذمه زيد ليتصور بناء الصحه على التقديرين، و ربما تعارض على هذا التقدير الأصل و الظاهر، لأن الأصل براءه ذمتها و عدم التزامها بالمال، و الظاهر من المخالعه التزام العوض. و على كل حال فهذه الصوره مفروضه فى اتفاقهما على وقوع العقد بينهما لا بينه و بين الأجنبى، لأن ذلک يأتى فى الصوره الثانيه».

و هو من غرائب الكلام، و ما كنا نرجو وقوع مثله من مثله، فإنه قد اشتمل على عجائب نسأل الله تعالى العصمه منها، خصوصا توقفه فى البيع بشى ء مثلا- فى ذمه زيد، و خصوصا حمل كلامهم مع إطلاقه بل ظهوره فى غير ما ذكره على خصوص ما إذا كان لها فى ذمه زيد مأه مع إقراره بها و علم الزوج بذلک، على أن المتجه فيه بناء على مذاقه فى المسأله التداعى و التحالف و الرجوع إلى مهر المثل، ضروره أنه كالاختلاف بالجنس. بل هو منه كما هو واضح. و كذا كلامه فى الصوره الثانيه التى حكمها حكم الأولى كما عرفت و إن كان هو دون ذلک.

قال: «الثانيه أن يدعى أنه خالعها بألف فى ذمتها أيضا فأنكرت وقوع العقد معها مطلقا، و قالت: بل اختلعنى فلان الأجنبى و المال عليه، و قد أطلق

المصنف تبعا للشيخ تقديم قولها أيضا فى نفى العوض، لأصاله براءه ذمتها منه، و لا شى ء للزوج على الأجنبى لاعترافه بأن الخلع لم يجر معه و تحصل البينونه بقول الزوج، و لا يقال: إنه أقر بعقد أنكرته المرأه و صدقناها بيمينها فيلغو و يستمر النكاح، كما لو قال: «بعتك هـذه العين بكـذا» فأنكر صاحبه و قبلنا قوله بيمينه، فان العين تبقى للمقر، و ذلك لأن الخلع يتضـمن إتلاف المعقود عليه، و هو البضع، و البيع لاـ يتضـمن إتلاـف المعقود عليه، ألا ترى أن البيع يفسـخ بتعـذر العوض، و البينونه لا تسترد، فإذا كان كـذلك فإقراره بالخلع المتضـمن للإتلاف إقرار بالإتلاف فلا يرد، و نظيره من البيع أن يقول: بعتك عبـدى هـذا بكذا فأعتقته و أنكر فإنما يصـدق بيمينه (۱)و يحكم بعتق العبـد بـإقراره، فهـذا تحرير الحكم المـذكور، و هـذا البحث إنما يتم إذا قلنا بأن خلع الأـجنبى المتبرع صـحيح ليكونـا متفقين على وقوع العقـد صـحيحا، أما على ما يـذهب إليه المصـنف و الشـيخ بل الأكثر أشـكل تقـديم قولها، لأنها حينئـذ تدعى فساد الخلع، و هو يدعى صـحته، فينبغى تقديم قوله، إلا أن يقال: إن مرجع اختلافهما إلى وقوع عقـد المعاوضه معها و هى تنكر ذلك، فيقدم قولها، لأصاله عدم التزامها بذلك، كما لو ادعى أنه باعه شـيئا فأنكر و أضاف إلى ذلـك دعوى بيعه من فلان، فإنه لا يسـمع فى حق الغير، و يقـدم قوله فى نفيه، و لا يخلو ذلك من نظر، و لا ما بين المسألتين من الفرق، و على التقديرين يحكم عليه بالبينونه بمجرد دعواه، لاعترافه بها، و إنما الكلام فى ثبوت العوض».

قلت: كأنه رحمه الله لم يحم حول المسأله أصلا، و ليته تنبه مما ذكره أخيرا من أن البينونه ثابته على كل حال و الكلام فى ثبوت العوض،

ضروره أنه إذا كان الأمر كذلك فليس هو إلا مدع و هى منكره، فضلا عن إساءه الظن بمثل

۱- ۱ هكذا فى النسختين المخطوطتين: المبيضه و المسوده و فى المسالك« فانا نصدقه».

هؤلاء الأساطين أنه خفى عليهم ما لا يخفى على أصاغر الطلبه: من قاعده تقديم مدعى الصحه على مدعى الفساد، خصوصا بعد أن ملؤوا كتبهم منهـا، فمـا احتمل فى نفسه أن ذلك منهم لأمر آخر يحتاج إلى التأمل، و هو ما ذكرناه، و لعله قـد ظهر له حقيقه الحال فى الروضه، و لذا لم يذكر شيئا من ذلك فيها، بل ذكر كما ذكر الأصحاب، فلاحظ و تأمل، و الله العالم. هذا تمام الكلام فى الخلع.

[كتاب المباراه]

و أمـا المبـاراه التى بمعنى المفـارقه ف هى قسم من الخلع، كمـا اعترف به فى كشف اللثـام، بـل هو مقتضـى إثباتهم لها أحكام الخلع من دون دليـل دل على تنزيلهـا منزلته، بل هو مقتضـى اسـتدلالهم بآيه الفـديه(۱)على الخلع و بعض أحكـامه، مع أنهـا فى المباراه باعتبار ظهورها فى كون المورد خوف عدم إقامتهما حدود الله تعالى الذى هو كنايه عن حصول الكراهه منهما، إلى غير ذلـك من الأمـارات الـداله على أنهـا ضـرب من الخلع، إلاـ أنهـا اختصت بـاسم خـاص لمكـان انفرادهـا عن مطلق الخلع ببعض الأحكام، كما يومئ إليه قولهم: إنها تزيد على الخلع بأمور ثلاثه و غيره، فهى حينئذ كالمرابحه و المواضعه و المساومه

و المحاقله و المزابنه فى البيع، و بذلـك عطفت على الخلع فى النصوص (۲)و استحقت ذكر الكلام فيها بالخصوص.

بـل ربما كان ذلك هو السـبب فى تعريف الخلع بما لا يشـملها، كما أنهم عرفوا الطلاق بما لا يشـمل الخلع، مع أنك قـد عرفت كونه قسما من أقسامه، بل لعله

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۲۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ۲ و ۴ و الباب- ۶- منه الحديث ۱.

لـذا توهم بعض النـاس و جعل المبارأه إيقاعا مسـتقلا مقابلا للخلع، و لـم يعلم أن مقابلتها باعتبار المعنى الخاص للخلع لا مطلقه، على نحو مقابله السـلم للبيع، و إلا فهى قسم من المعنى العام للخلع الـذى هو عباره عن فديه الزوجه نفسـها الكارهه لإراده الفك من قيـد الزوجيه، سواء كـان ذلـك مع كراهه الزوج أو لا، و إن كـان للقسم الأول بعض الأحكام الخاصه التى اسـتحق بها اسـم المبـارأه التى توهـم من ذلـك لهـا أنهـا إيقاع خاص ينبغى اشـتقاق صـيغه له من اسـمه كغيره من أسـماء العقود و الإيقاعات. بل تعارف فى لسان الفقهاء أن المبارأه هو أن يقول: بارأتک على كذا فأنت طالق.

و كيف كـان ف هى تترتب على كراهه كـل واحـد من الزوجين صـاحبه بلا خلاف أجـده فيه بينهم، بل الإجماع بقسـميه عليه، مضافا إلى

موثق سماعه(۱)عن أبى عبد الله و أبى الحسن عليهما السلام «سألته عن المبارأه كيف هى؟ فقال:

يكون للمرأه شـى ء على زوجها من صداق أو من غيره و يكون قد أعطاها بعضه، فيكره كل منهما صاحبه، فتقول المرأه لزوجها: مـا أخـذته منك فهو لى و ما بقى عليك فهو لك و أبارؤک، فيقول لها الرجل: فإن أنت رجعت فى شـى ء مما تركت فأنا أحق ببضعک».

إنمـا الكلام فى كون الكراهه هنـا من المرأه هى الكراهه التى مر الكلام فيهـا فى الخلع أو أنه يكفى هنا مطلقها و إن قلنا بعـدم الاكتفـاء به فى الخلع، بل لا بـد من زياده تلک الألفاظ أو ما فى معناها؟ قـد يظهر من ذكرهم اعتبار كراهه الزوج هنا زياده على الخلع أن الكراهه منها متحـده فيهما، و إنما زادت باعتبار كراهه الزوج، و لهذا لم يتعرضوا للبحث فيها بالنسـبه إليها- كغيرها مما مر فى الخلع من المباحث- اتكالا على المساواه بينهما فيما لم يثبت زيادته، لأنها كما عرفت خلع بالمعنى الأعم.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ۳.

و قد يقال: إن إطلاقهم اعتبار الكراهه هنا مع شده البحث فيها هناك يقتضى كون المعتبر هنا ماهيتها بخلافها فى الخلع، بل لعل ذلك هو ظاهر

صحيح زراره(۱)عن أبى جعفر عليه السلام «المبارأه يؤخذ منها دون الصداق، و المختلعه يؤخذ منها ما شئت، أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر، و إنما صارت المبارأه يؤخذ منها دون الصداق و المختلعه يؤخذ منها ما شاء لأن المختلعه تتعدى فى الكلام، و تتكلم بما لا يحل لها».

و لكن لا ريب فى أن الأقوى الأول، و المراد من الصحيح المزبور أن المختلعه بالمعنى الأخص التى تختص الكراهه بها تعتدى بالكلام، و تتكلم ما لا يحل لها بلا كراهه من الزوج تقتضى ذلك بخلاف المبارأه، فإنها و إن كانت كذلك أيضا إلا أنها فى مقابله كراهه الزوج لها، خصوصا بعد ملاحظه اقتصار الأصحاب هنا على غيره من الفوارق بينها و بين الخلع.

على أن ذلك كله ساقط عندنا، لما عرفت من حمل تلك النصوص (۲)على إراده بيان أصل الكراهه لا خصوص فرد منها، بل قلنا: إن مراد المشهور ذلك أيضا، و حينئذ لا فرق بينهما فى اعتبار أصل الكراهه، بل قد عرفت هناك قوه الاكتفاء بها مع العلم بها و إن لم يصدر منها ما يدل على ذلك.

و على كل حال فلا خلاف فى أنه يشترط اتباعه أى القول المزبور فى المبارأه بلفظ الطلاق بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منه مستفيض أو متواتر، و حينئذ فلو اقتصر المبارئ على لفظ المبارأه لم يقع به فرقه، و لو قال بدلا من «بارأتک»: «فاسختک» أو «أبنتک» أو غيره من الألفاظ صح إذا اتبعه بالطلاق، إذ المقتضى للفرقه التلفظ بالطلاق لا

غير ه من الألفاظ المزبوره التى هى كنايات فى الطلاق و الخلع، و قد عرفت عدم عقد الخلع فضلا عن الطلاق بشى ء منها، كما أنك قد عرفت كون المبارأه قسما من الخلع الذى لا ينعقد بشى ء

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من كتاب الخلع و المبارأه.

من ذلک.

نعم لو بارأها بلفظ الخلع اتجه حینئذ عدم الاتباع بالطلاق، بناء علی عدم اعتبار اتباعه به، و أنه بنفسه فاسخ للنصوص (۱)السابقه التی مثلها فی المقام صریحا أو ظاهرا، ک

خبر حمران (۲)«سمعت أبا جعفر علیه السلام یحدث یقول:

المبارأه تبین من ساعتها من غیر طلاق، و لا میراث بینهما، لأن العصمه بینهما قد بانت ساعه کان ذلک منها و من الزوج»

و موثق جمیل بن دراج (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام «المبارأه تکون من غیر أن یتبعها الطلاق»

و غیرهما من النصوص (۴)الظاهره فی ذلک أیضا التی هی کنصوص الخلع بالنسبه إلی ذلک المبنیه علی أن المبارأه خلع، و الخلع لا یحتاج إلی الأتباع بالطلاق إذا وقع بصیغته لا إذا وقع بالکنایات.

و بذلک انکشفت الغمه التی وقعت علی جمله من المصنفین فی المقام، حیث أنکروا علی الأصحاب اشتراط اتباع المبارأه بالطلاق مع اتفاق النصوص (۵)صریحا و ظاهرا علی خلافه، فمنهم من قدم إجماعهم علیها، و منهم من قدمها علیه، و لم یعلموا أن کلام الأصحاب مبنی علی ما ذکروه من صیغ المبارأه التی هی کنایات فی الطلاق و الخلع، کما صرحوا به فی صیغه الخلع، کما أنهم لم یعلموا أن ما فی النصوص مبنی علی المبارأه التی هی الخلع المؤداه بصیغته، لأنها قسم منه، و لیست إیقاعا جدیدا اشتق لها صیغه من لفظها، بل هی کالمرابحه و المحاقله و المزابنه التی لا یشتق لها صیغه تقوم مقام البیع من لفظها، لأنها أقسام من البیع، و صیغتها صیغته، و لکن اختصت بأسماء لمکان بعض أحکام، و کذلک المبارأه التی هی خلع، و لذا استفاضت النصوص بعدم احتیاجها إلی الأتباع بالطلاق کالخلع.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من کتاب الخلع و المبارأه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۹- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۹- من کتاب الخلع و المبارأه.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۳- من کتاب الخلع و المبارأه.

و بذلک یظهر لک أنه لا حاجه إلی الاستدلال للأصحاب ب

خبر(۱)«لیس ذاک إذا خلع»

بناء علی قراءته فعلا- حتی یستدل بمفهومه علی احتیاج المبارأه للطلاق، مع أن صدره مناف لذلک، و التحقیق ما عرفت، و الحمد لله رب العالمین.

و بما ذکرناه مکررا فی باب الخلع و فی المقام یظهر لک الوجه فیما اتفقوا علیه من أنه لو اقتصر فی مورد المبارأه علی قوله: أنت طالق بکذا صح، و کان مباراه إذ هی عباره عن الطلاق بعوض مع منافاه بین الزوجین، بل قد عرفت أن الطلاق بالعوض لا مورد له إلا- الخلع و المبارأه، کما أنک قد عرفت عدم اعتبار قصد الخلع و المبارأه فی صحه ذلک مع فرض وقوعه فی موردهما، لأنهما من الطلاق، فیکفی فی تحققهما قصد الطلاقیه، و کون المورد صالحا لهما.

و بذلک یظهر لک فساد ما فی المسالک هنا المبنی علی مشروعیه الطلاق بعوض من دون خلع و لا مباراه، فاعتبر قصد الخلعیه و المبارأه مع فرض الوقوع بصیغه «أنت طالق بکذا» و مع عدم القصد و لو لعدم الشرائط یکون طلاقا بعوض مشروعا فی نفسه، و قد عرفت مخالفته للکتاب (۲)و السنه(۳)و الإجماع علی عدم جواز حل الفدیه للزوج بدون ذلک، کما تقدم الکلام فیه مفصلا.

و کیف کان فلا- خلاف فی أنه یشترط فی المبارئ و المبارأه ما یشترط فی المخالع و المخالعه بل و لا إشکال، بناء علی ما ذکرناه من کونها قسما من الخلع الذی قد عرفت وفاء الأدله بما سمعت من أحکامه المتعلقه بهما و بالفدیه و غیر ذلک.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۹.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الخلع و المبارأه.

و من ذلک یعلم أنه تقع الطلقه مع العوض بائنه لیس للزوج فیها رجوع إلا أن ترجع الزوجه فی الفدیه، فیرجع ما دامت فی العده، و للمرأه الرجوع فی الفدیه ما لم تنقض عدتها کما سمعت دلیل ذلک کله فی الخلع، مضافا إلی

قول الصادق علیه السلام فی خبر زراره و محمد بن مسلم(۱): «المبارأه تطلیقه بائنه، و لیس فی شی ء من ذلک رجعه»

و قول أحدهما علیهما السلام فی خبر إسماعیل الجعفی (۲): «المبارأه تطلیقه بائنه، و لیس فیها رجعه»

و إلی غیر ذلک مما تقدم من النصوص التی اشتمل بعضها علی اشتراط الزوج علیها أنها إن رجعت بشی ء من البذل فهو أملک ببضعها الظاهر فی الحکمین معا، نحو

قول الصادق علیه السلام فی صحیح أبی بصیر(۳): «المبارأه تقول المرأه لزوجها: لک ما علیک و اترکنی، أو تجعل له من قبلها شیئا، فیترکها إلا أنه یقول: فان ارتجعت فی شی ء فأنا أملک ببضعک و لا یحل لزوجها أن یأخذ منها إلا المهر فما دونه»

و فی

موثق ابن سنان(۴): «المبارأه: تقول لزوجها: لک ما علیک و بارئنی فیترکها، قال: قلت:

فیقول لها: إن ارتجعت فی شی ء فأنا أملک ببضعک، قال: نعم»

و فی

صحیح الحلبی (۵): «المبارأه أن تقول المرأه لزوجها: لک ما علیک و اترکنی فیترکها، إلا أنه یقول لها: إن ارتجعت فی شی ء منه فأنا أملک ببضعک».

إلا أن ما فیها من اعتبار اشتراط ذلک فی المبارأه لم أجد به قائلا، بل ظاهر اقتصارهم علی غیره من الفرق بینها و بین الخلع عدمه، و من هنا وجب حمله علی ضرب من الندب، و ذلک لأن ذلک له إذا رجعت، کما أن لها أن ترجع و إن لم یذکر هذا الشرط بینهم کما سمعته فی الخلع، و کذا بقیه أحکامه التی

۱- ۱ الإستبصار ج ۳ ص ۳۱۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۵.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۸- من کتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۱.

لا خلاف فی جریانها فی المقام بل و لا إشكال، لما عرفت من أنها قسم من الخلع، بل من هـذه النصوص یستفاد حكم الرجوع ببعض الفدیه الذی قد عرفت البحث فیه سابقا.

و كیف كان ف المبارأه كالخلع فی جمع ما تقدم لكن المبارأه تفترق عنه بأمور ثلاثه:

أحدها: أنها تترتب علی كراهه كل من الزوجین ل صاحبه، و یترتب الخلع المقابل لها علی كراهه الزوجه خاصه.

و ثانیها: أنه یأخذ فی المبارأه بقدر ما وصل إلیها منه من المهر و لا یحل له الزیاده و فی الخلع جائز لما عرفت، بلا خلاف أجده فی عدم جواز الزیاده، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل عن جماعه من الأصحاب عدم جواز أخذ المساوی، بل لا بد أن یقتصر علی الأقل، لما سمعته من صحیح زراره(۱)السابق الصریح فی أن المبارأه یؤخذ منها دون الصداق، و

المرسل فی الفقیه (۲)«أنه روی أنه لا ینبغی له أن یأخذ منها أكثر من مهرها، بل یأخذ منها دون مهرها»

إلا أن ذلك لما كان منافیا لعموم تسلط الناس علی أموالهم (۳)و قوله تعالی (۴):

«فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَیْ ءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ» و «فِیمَا افْتَدَتْ»(۵)و غیر ذلك و معارضا بصحیح أبی بصیر(۶)السابق وجب إراده المهر فما دون من العباره المزبوره التی عبر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من كتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من كتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۱.

۳- ۳ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ ط الحدیث.

۴- ۴ سوره النساء: ۴- الآیه ۴.

۵- ۵ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۹.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۸- من كتاب الخلع و المبارأه الحدیث ۴.

بمثلها عن ذلك فی غیر مقام، و من هنا كان الأقوی ذلك وفاقا للمشهور.

و ثالثها: أنها تقف الفرقه فی المبارأه التی فسرها المصنف بأن یقول: بارأتک علی التلفظ بالطلاق اتفاقا منا بقسمیه. و فی الخلع علی الخلاف السابق الذی عرفت الحال

فیه، كما أنك عرفت التحقیق فی المبارأه، و الله العالم.

[كتاب الظهار]

اشاره

كتاب الظهار الذى هو مصدر «ظاهر» مثل «قاتل» مأخوذ من الظهر، لأن صورته الأصليه أن يقول الرجل لزوجته: «أنت على كظهر أمي» و خص الظهر لأنه موضع الركوب، و المرأه مركوبه وقت الغشيان، فركوب الأم مستعار من ركوب الدابه، ثم شبه ركوب الزوجه بركوب الأم الذى هو ممتنع، و هو استعاره لطيفه، و كان طلاقا فى الجاهليه محرما أبدا، و حرم فى الإسلام، فقال «وَ الَّذِينَ يُظاهِرُونَ»(۱)إلى آخرها.

و السبب فى نزولها على ما فى

خبر حمران (۲)عن أبى جعفر عليه السلام المروى عن تفسير على بن إبراهيم قال: «إن امرأه من المسلمات أتت النبى صلى الله عليه و آله، فقالت:

يا رسول الله إن فلانا زوجى، و قد نشرت له بطنى و أعنته على دنياه و آخرته، لم ير منى مكروها أشكوه إليك، قال: فبم تشكينه؟ قالت: إنه قال: أنت على حرام كظهر أمى و قد أخرجنى من منزلى، فانظر فى أمرى، فقال لها رسول الله صلى الله عليه و آله. ما أنزل الله تبارك و تعالى كتابا أقضى فيه بينك و بين زوجك، و

أنا أكره أن أكون من المتكلفين، فجعلت تبكى و تشكى ما بها إلى الله تعالى عز

۱- ۱ سوره المجادله: ۵۸- الآيه ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من كتاب الظهار الحديث ۲ و ذكر ذيله فى الباب- ۲- منه الحديث ۱، و البحار ج ۱۰۴ ص ۱۶۶ ط الحديث.

و جل و إلی رسول الله صلی الله علیه و آله. و انصرفت، قال: فسمع الله تبارک و تعالی مجادلتها لرسول الله صلی الله علیه و آله فی زوجها و ما شکت إلیه، فأنزل الله عز و جل فی ذلک قرآنا:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِی تُجادِلُکَ فِی زَوْجِها وَ تَشْتَکِی إِلَی اللَّهِ، وَ اللَّهُ یَسْمَعُ تَحاوُرَکُما إِنَّ اللَّهَ سَمِیعٌ بَصِیرٌ. الَّذِینَ یُظاهِرُونَ مِنْکُمْ مِنْ نِسائِهِمْ ما هُنَّ أُمَّهاتِهِمْ، إِنْ أُمَّهاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِی وَلَدْنَهُمْ، وَ إِنَّهُمْ لَیَقُولُونَ مُنْکَراً مِنَ الْقَوْلِ وَ زُوراً، وَ إِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ(۱)قال: فبعث رسول الله صلی الله علیه و آله إلی المرأه فأتته، فقال: جئنی بزوجک فأتت به، فقال له: قلت لامرأتک هذه: أنت علی حرام کظهر أمی؟ فقال: قد قلت لها ذلک، فقال له رسول الله صلی الله علیه و آله: قد أنزل الله تعالی فیک و فی امرأتک قرآنا، فقرأ علیهما الایات، ثم قال: فضم إلیک امرأتک، فإنک قد قلت منکرا من القول و زورا، و قد عفی الله عنک و غفر لک و لا تعد، قال: فانصرف الرجل و هو نادم علی ما قال لامرأته، و کره الله عز و جل ذلک للمؤمنین بعد، و أنزل الله تعالی شأنه (۲)«وَ الَّذِینَ یُظاهِرُونَ مِنْ نِسائِهِمْ ثُمَّ یَعُودُونَ لِما قالُوا»

یعنی ما قال الرجل الأول لامرأته: أنت علی حرام کظهر أمی، قال: فمن قالها بعد ما عفی الله و غفر للرجل الأول فإن علیه تحریر رقبه من قبل أن یتماسا، یعنی مجامعتها، ذلکم توعظون به، و الله بما تعملون خبیر، فمن لم یجد فصیام شهرین متتابعین، یعنی من قبل أن یتماسا، فمن لم یستطع فإطعام ستین مسکینا، قال: فجعل عقوبه من ظاهر بعد النهی هذا، ثم قال: ذلِکَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَ رَسُولِهِ، وَ تِلْکَ حُدُودُ اللَّهِ، قال: هذا حد الظهار، قال حمران: و قال أبو جعفر علیه السلام: و لا یکون ظهار فی یمین و لا فی غضب، و لا یکون ظهار إلا علی طهر من غیر جماع بشهاده شاهدین مسلمین».

و هذا الرجل المزبور الذی هو مورد نزول آیه الظهار أوس بن الصامت،

۱- ۱ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۱ و ۲.

۲- ۲ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۳.

و زوجته خوله بنت المنذر، ل

خبر ابن أبی عمیر عن أبان (۱)و غیره، عن أبی عبد الله علیه السلام المروی فی الفقیه، قال: «کان رجل علی عهد رسول الله صلی الله علیه و آله یقال له:

أوس بن الصامت کان تحته امرأه یقال لها: خوله بنت المنذر، فقال لها ذات یوم:

أنت علی کظهر أمی ثم ندم، فقال لها: أیتها المرأه ما أظنک إلا و قد حرمت علی، فجائت إلی رسول الله صلی الله علیه و آله، فقالت یا رسول الله: إن زوجی قال لی: أنت علی کظهر أمی،

و کان هذا القول فیما مضی یحرم المرأه علی زوجها، فقال لها رسول الله صلی الله علیه و آله: ما أظنک إلا و قد حرمت علیه، فرفعت المرأه یدها إلی السماء، و قالت:

أشکو إلی الله تعالی فراق زوجی، فأنزل الله تعالی یا محمد «قَدْ سَمِعَ»- إلی آخرها- ثم أنزل الله عز و جل الکفاره فی ذلک، فقال «وَ الَّذِینَ یُظاهِرُونَ مِنْ نِسائِهِمْ» إلی آخرها.»

و إن لم یکن بالتفصیل المزبور الذی فیه أن الکفاره علی غیر الرجل المزبور ممن یفعل فعله بعد نزول الآیه.

لکن عن

المرتضی فی رساله المحکم و المتشابه نقلا من تفسیر النعمانی (۲)بإسناده إلی علی علیه السلام «و أما المظاهره فی کتاب الله تعالی فان العرب کانت إذا ظاهر رجل منهم من امرأته حرمت علیه إلی آخر الأبد، فلما هاجر رسول الله صلی الله علیه و آله کان بالمدینه رجل من الأنصار یقال له: أوس بن الصامت، و کان أول رجل ظاهر فی الإسلام، فجری بینه و بین امرأته کلام، فقال لها: أنت علی کظهر أمی، ثم إنه ندم علی ما کان منه، فقال: ویحک إنا کنا فی الجاهلیه تحرم علینا الأزواج فی مثل هذا قبل الإسلام، فلو أتیت رسول الله فسألته عن ذلک،

فجاءت المرأه إلی رسول الله صلی الله علیه و آله فأخبرته، فقال لها: ما أظنک إلا قد حرمت علیه إلی آخر الأبد، فجزعت و بکت، و قالت: أشکو إلی الله فراق زوجی، فأنزل الله عز و جل قَدْ سَمِعَ- إلی قوله- وَ الَّذِینَ یُظاهِرُونَ، فقال لها رسول الله صلی الله علیه و آله: قولی لأوس زوجک: یعتق نسمه، قالت: و أنی له نسمه، و الله ما له خادم غیری، قال: فیصوم شهرین متتابعین، فقالت: إنه شیخ کبیر لا یقدر علی الصیام، فقال: مریه فلیتصدق علی ستین مسکینا،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الظهار الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الظهار الحدیث ۴.

فقـالت: و أنی له الصـدقه، فـو الله مـا بین لابیتهـا أحوج منـا، قـال: فقولی له فلیمض إلی أم المنـذر فلیأخـذ منهـا شـطر وسق تمر، فلیتصدق علی ستین مسکینا»

و هو ظاهر فی أن الکفاره کانت علی الرجل المزبور، و الأمر فی ذلک سهل.

[الأمور الأربعه فی الظهار]

اشاره

و کیف کان ف النظر فیه أی فی کتاب الظهار یستدعی بیان أمور أربعه.

[الأمر الأول فی الصیغه]

اشاره

الأـول فی قول الصـیغه و هو یتحقق ب أن یقول: أنت علی کظهر أمی بلاـ خلاف نصـا(۱)و فتوی، بل الإجماع بقسـمیه علیه من المسلمین فضلا عن

المؤمنین و کـذا یتحقق لو قال بـدل «أنت» هذه أو «زینب» أو ما شاکل ذلک من الألفاظ الداله علی تمییزها بلا خلاف أجده فیه أیضـا، لظهور المثـالیه فیمـا ورد من النصوص (۲)بلفـظ «أنت» نعم قـد یقـال باعتبـار التلفظ بما یـدل علیها، فلو قال: «کظهر أمی» مضمرا لا سمها لم یقع، للأصل و غیره.

و کـذا لا عبره باختلاف ألفاظ الصـلات کقوله: أنت منی أو عندی (۱۱) أو لـدی أو علی أو نحو ذلک، لظهور اختلاف ما ورد من النصوص (۳)فیها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الظهار.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الظهار و الباب- ۲- منه الحدیث ۲ و الباب- ۴- منه الحدیث ۲ و ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الظهار و الباب- ۲- منه الحدیث ۲ و الباب- ۴- منه الحدیث ۲ و ۳ و الباب- ۹- و الباب- ۱۳- الحدیث ۵ و الباب- ۱۶- منه.

بعدم اعتبار لفظ مخصوص منها، بل الظاهر عدم اعتبارها أصلا، فلو قال: «أنت كظهر أمی» صح کما لو قال: «أنت طالق» و احتمال الفرق بينهما- باحتمال صيغه الظهار مجرده عن الصله كونها محرمه على غيره حرمه ظهر أمه عليه، بخلاف الطلاق، فإنه لا طلاق و هی فی حبسه دون حبس غيره- لا وجه له بعد ظهور إراده الظهار له، فما عن التحرير من التوقف مع حذف الصله لا يخلو من نظر، و كذا لا يعتبر فی التشبيه لفظ الكاف قطعا، بل يكفی «مثل» و نحوها و فی الاكتفاء بدون أداه التشبيه وجه، لكن الأحوط إن لم يكن الأقوى خلافه.

و كيف كان ف لو شبهها بظهر إحدى المحرمات نسبا أو رضاعا كالأم و الأخت فيه روايتان:

صحيح زراره(۱)«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الظهار فقال: هو من كل ذی محرم: أم أو أخت أو عمه أو خاله، و لا يكون الظهار فی يمين، قال: قلت: كيف يكون؟ قال: يقول الرجل لامرأته و هی طاهر فی غير جماع: أنت علی حرام مثل ظهر أمی أو أختی و هو يريد بذلک الظهار»

و صحيح جميل بن دراج (۲)«قلت لأبی عبد الله عليه السلام: الرجل يقول لامرأته: أنت علی كظهر عمته أو خالته، قال: هو الظهار»

و مرسل يونس (۳)الآتی عن أبی عبد الله عليه السلام «و كذلک إذا هو قال: كبعض المحارم»

له على تحقق الظهار مؤيده بإطلاق أدلته.

و صحيح سيف التمار(۴)«قلت لأبی عبد الله عليه السلام: الرجل يقول لامرأته:

أنت علی كظهر أختی أو عمتی أو خالتی، قال: إنما ذكر الله الأمهات، و إن هذا لحرام»

مؤيدا بالأصل.

و لكن لا يخفى عليک أن أشهرهما روايه و فتوى الوقوع لانقطاع

۱- ۱ ذكر صدره فی الوسائل الباب- ۴- من كتاب الظهار الحديث ۱ و ذيله فی الباب- ۲- منه الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من كتاب الظهار الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴- من كتاب الظهار الحديث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- من كتاب الظهار الحديث ۳.

الأصل بالنصوص المزبوره المعلوم رجحانها على صحيح سيف القابل لإراده بيان أن المذكور فى

الآيه الأمهات، و هو كذلک، و لکن لا ينافى ثبوت التحريم من السنه و أن

قوله عليه السلام: «و ان هذا لحرام»

جواب للسائل، فيكون حينئذ كالأخبار السابقه، فلا ريب فى أن الأقوى الوقوع.

إنما الكلام فى تنزيل الرضاعيات منزله النسبيات فى ذلک، فقيل به، ل

قوله صلى الله عليه و آله (۱): «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»

و لعموم قوله عليه السلام فى الصحيح (۲)السابق: «كل ذى محرم»

و قيل: لا يقع، للأصل و انسياق النسبيات من المحرم و المحارم، و التنزيل المزبور إنما هو فى التحريم خاصه لا ما يشمل انعقاد صيغه الظهار.

و من الغريب ما فى المسالک من رد ذلک بأن «من» فى الخبر إما تعليليه، مثلها فى قوله تعالى (۳)«مِمَّا خَطِيئَاتِهِمْ أُغْرِقُوا» أو بمعنى الباء، كما فى قوله تعالى (۴):

«يَنْظُرُونَ مِنْ طَرْفٍ خَفِيٍّ» و التقدير يحرم لأجل الرضاع أو بسببه ما يحرم لأجل النسب أو بسببه، و كلاهما مفيد للمطلوب، لأن التحريم فى الظهار بسبب النسب ثابت فى الجمله

إجماعا، فيثبت بسبب الرضاع كذلک، إذ هو كما ترى أجنبى عن انعقاد صيغه الظهار به.

و من هنا بان لک أن الأقوى عدم الوقوع بالأم الرضاعيه فضلا عن غيرها، كما أنه بان لک الوقوع بالتشبيه بالمحارم كالأخت و العمه فضلا عن الجدات التى هن أمهات حقيقه فى أحد القولين و إن كان الظاهر انسياق الوالده بلا واسطه من الام، بل بان لک أيضا الحال فى الصور الست المذكوره فى المسالک.

و لو شبهها أى الزوجه ب أن قال: هى أو ما قام مقام ذلک عليه ک يد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث ۱ من كتاب النكاح.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من كتاب الظهار الحديث ۱.

۳- ۳ سوره نوح ع: ۷۱- الآيه ۲۵.

۴- ۴ سوره الشورى: ۴۲ الآيه ۴۵.

امه أو شعرها أو بطنها أو غير ذلک من أجزائها- من غير فرق بين ما يتوقف حياتها عليه أو لا يتوقف و لا بين ما حلته الحياه من الأجزاء و بين غيره- قيل:

لا يقع و القائل المرتضى، بل قيل و المتأخرون، بل فى انتصاره أنه مما انفردت به الإماميه اقتصارا فيما خالف الأصل بل الأصول على منطوق الآيه(۱)و غيرها من أدله الظهار المنساق غير المفروض منها و لو من ملاحظه المبدأ.

و لكن بالوقوع روايه فيها ضعف و هى

روايه سدير(۲)عن الصادق عليه السلام «قلت له: و الرجل يقول لامرأته: أنت على كشعر أمى أو كقبلها أو كبطنها أو كرجلها، قال: ما عنى؟ إن أراد به الظهار فهو الظهار»

و لكن هى منجبره بما عن الشيخ فى الخلاف من الإجماع على ذلک، بل و بعمل الصدوق و القاضى و ابن حمزه، فإن ذلک مع روايتها فى التهذيب الذى هو أحد الكتب المعتبره المتبينه كاف فى جواز العمل بها، خصوصا بعد اعتضادها

بمرسل يونس (۳)عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل قال لامرأته: أنت على كظهر أمى أو كيدها أو كبطنها أو كفرجها أو كنفسها أو ككعبها أ يكون ذلک الظهار؟ و هل يلزم فيه ما يلزم المظاهر؟ فقال: المظاهر إذا ظاهر امرأته فقال: هى على كظهر أمى أو كيدها أو كرجلها أو كشعرها أو كشى ء منها ينوى بذلک التحريم فقال:

لزمه الكفاره فى كل قليل منها أو كثير، و كذلک إذا قال هو: كبعض ذوات المحارم فقد لزمته الكفاره»

و لا معارض لذلک سوى انسياق صوغ الصيغه من الاسم، و هو غير صالح للمعارضه، خصوصا بعد ملاحظه صوغ الصيغه فى سائر العقود من غير مبدأ

۱- ۱ سوره المجادله: ۵۸- الآيه ۲ و ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من كتاب الظهار الحديث ۲ و فيه« ككفها» بدل« كقبلها» كما فى التهذيب ج ۸ ص ۱۰.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۹- من كتاب الظهار الحديث ۱ و ذكر ذيله فى الباب- ۴- منه الحديث ۴.

اسمها، و سوی ما فی صحیح زراره(۱)و خبر جمیل (۲)السابقین الذین لم یسق الحصر فیهما لما ینافی ذلک، و علی تقدیره فلا یصلح لمعارضه المنطوق المزبور، و هذا کله فی التشبیه بغیر الظهر من الأم.

أما لو شبهها بغیر امه بما عدا لفظه الظهر من الید و الرأس و غیرهما لم یقع قطعا للأصل السالم عن معارضه ما دل علی (۳)إلحاق المحارم بالأم بعد أن کان فی خصوص التشبیه بالظهر، و لکن فیه أنه و إن کان مورده ذلک إلا أنه ظاهر- خصوصا مرسل یونس (۴)منها- فی کون غیر الأم کالأم فی تحقق الظهار بالتشبیه بها، سواء کان بالظهر أو غیره، خصوصا بعد معلومیه کون الظهار معنی متحدا، فالأقوی الصحه إن لم یکن إجماعا، کما عساه یشعر به لفظ القطع فی عباره المتن، لکن عن المختلف أن بعض علمائنا قال بوقوعه، و آخرین بعدمه، و نحوه عن ابن إدریس.

و لو شبه الجمله بالجمله بأن قال: أنت علی کأمی أو مثل أمی قیل و القائل الشیخ و من تبعه یقع إن قصد به الظهار و لعله الأقوی، لفحوی الخبرین (۵)السابقین بل قیل: إنه أولی بالتحریم، لاشتمالها علی تلک الأجزاء التی منها الظهر الذی هو محل النص (۶)و الفتوی، مؤیدا ذلک بإطلاق أدله الظهار الذی صار معناه و لو بمعونه النصوص (۷)إنشاء تحریم الزوجه علیه، و انها کأمه أو باقی محارمه،

خلافا للأکثر کما فی المسالک، و هو مبنی علی اعتبار ذکر الظهر فی الحرمه، و قد عرفت ما فیه.

و منه یعلم ما فی قول المصنف و فیه إشکال منشأه اختصاص الظهار بمورد الشرع و التمسک فی الحل بمقتضی الأصل (العقد خ ل).

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من کتاب الظهار الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من کتاب الظهار الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴- من کتاب الظهار.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- من کتاب الظهار الحدیث ۴.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۹- من کتاب الظهار الحدیث ۱ و ۲.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الظهار.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الظهار.

و لو شبه بعض أجزاء الزوجه بجمله الام مريدا به الظهار فالظاهر الصحه أيضا بناء على ظهور الخبرين (۱)فى الاكتفاء بالكنايه فى تحقق الظهار مع القصد، و هذا منها.

و كذا لو شبه جزء الزوجه بظهر الام، بل و كذا لو شبه الجزء بالجزء، كما لو قال: «يدك على كيد أمى» مريدا به الظهار، و أولى من ذلك ما لو شبه جمله الزوجه بجمله غير الام من المحارم.

و بالجمله فالمدار على إنشاء تحريم الزوجه عليه بتشبيهها بإحدى المحرمات النسبيه من غير فرق بين الصريح و الكنائى.

نعم لو شبهها بمحرمه بالمصاهره تحريما مؤيدا كأم الزوجه و بنت زوجته المدخول بها و زوجه الأب و الابن لم يقع الظهار للأصل بعد انصراف المحرم أو المحارم إلى النسبيات، فما عن المختلف من التحريم أيضا لا يخلو من نظر.

و كذا لو شبهها بأخت الزوجه أو عمتها أو خالتها مما يحرم فى حال لا مطلقا، ضروره كون حكمها حكم الأجنبيه فى جميع الأحكام، لأن تحريمها يزول بفراق الام و الأخت، كما يحرم جميع نساء العالم على المتزوج أربعا و يحل له كل واحده ممن ليست محرمه بغير ذلك على وجه التخيير بفراق واحده من الأربع، بل عمه الزوجه و خالتها لا تحرم عينا و لا جمعا، إنما تحرم على وجه مخصوص، كما هو واضح.

و أولى من ذلك بعدم حصول التحريم لو قال: كظهر أبى أو أخى أو عمى فإنه لم يكن شيئا بلا خلاف أجده، بل فى المسالك هو محل وفاق، للأصل و لأن الرجل ليس محلا للاستمتاع، و لا فى معرض الاستحلال، خلافا لبعض، فحرمه قياسا على محارم النساء و كذا لو قالت: هى أنت على كظهر أبى أو أمى لأن الظهار من أحكام الرجال كالطلاق إجماعا.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من كتاب الظهار الحديث ۱ و ۲.

و يشترط فى وقوعه حضور عـدلين يسـمعان نطق المظـاهر على نحو الطلاـق بلاـ خلاف أجـده فيه نصـا(۱)و فتوى، بـل الإجماع بقسـميه عليه، نعم فى المسالك «و أما اشتراط كونهما عدلين فلا دليل عليه إلا من عموم (۲)اشتراط العداله فى الشاهدين، و فى إثبات الحكم هنا بمثل ذلك ما لا يخفى من الاشكال، و قد تقدم فى الطلاق

روايه(۳)بالاجتزاء فيهما بالإسلام، كما أطلق هنا» و قد عرفت البحث معه هناك.

و لو جعله يمينا جزاء على فعل أو ترك- قصـدا للزجر عنه أو البعث على فعل، سواء تعلق به أو بها، كقوله: إن كلمت فلانا أو إن تركت الصلاه فأنت على كظهر أمي- لم يقع بلا خلاف أجده فيه، فإنه لا يمين بغير الله، و لقول أبى جعفر عليه السلام فى

صحيح زراره(۴)السابق: «لا يكون الظهار فى يمين»

و فى حسن حمران (۵)«لا يكون ظهار فى يمين و لا فى إضرار و لا فى غضب»

و لا يقاس جوازه على جوازه معلقا بناء عليه، لحرمه القياس عنـدنا، و اتحاده فى الصوره مع مفارقته له فى المعنى و القصـد- لأن المراد من الشـرط مجرد التعليق و فى اليمين الزجر و البعث- لا يقتضى جوازه، خصوصا بعد ما سمعت من النص و الفتوى، و الله العالم.

و لاـ يقع إنشاؤه إلا منجزا، فلو علقه بانقضاء الشـهر أو دخول الجمعه أو نحوهما من التعليق على الوقت لم يقع على القول الأظهر بل الأشهر، بل المشهور، بل لا ينبغى الخلاف فيه، لمنافاه ذلك للإيقاع، بخلاف التعليق على

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من كتاب الظهار.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۱- من كتاب الشهادات.

۳- ۳ استدل فى المسالـك للاـجتزاء بالإسـلام فى الشاهـدين فى الطلاـق بما رواه فى الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب مقـدمات الطلاق الحديث ۴ من كتاب الطلاق.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- من كتاب الظهار الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الظهار الحديث ۲.

الشرط الـذی هو- مع أنک ستسمع النص (۱)فیه- غیر منـاف لنفس الإنشـاء، ضـروره رجـوعه إلی تـأخیر مقتضـاه و إلی متعلق الإنشـاء، نحو التعلیق «فی أکرم زیـدا غـدا» و فی النـذر و نحوهمـا ممـا کان التعلیق فیه لمتعلق الإنشاء لا له نفسه، فإنه غیر متصور التحقق فضـلا عن صـحته و فساده، بخلاف تعلیق الآثار و متعلق الإنشاء، فإنه متصور و صـحیح مع فرض الدلیل علیه بالخصوص، بـل ربما اکتفی بعضـهم فی مشـروعیته بالعمومات و إن کان فیه أنه مناف لما دل علی تسبیبه لمسـببه بمجرد وقوعه و حصوله، و من هنا کان من المسـلم عنـد الأصـحاب عـدم جواز التعلیق المزبور فی کل عقـد أو إیقاع إلا ما خرج بالـدلیل، من غیر فرق بین الوصف و الشرط.

و قیل و القائل الشـیخ فی محکی المبسوط یقع للعمومات المعلوم عـدم شـمولها للمفروض الـذی ذکرناه، فان مرجعه حینئذ إلی عدم الإنشاء، قیل:

و لفحوی وقوعه معلقا علی شرط، بل لعله أولی، و فیه ما لا یخفی بناء علی کون المراد بالمعلق الخارج بقید التنجیز الذی إنشاؤه معلق لا المعلق أثره أو متعلقه علی أمر محقق کانقضاء الشـهر و دخول الجمعه، کما توهمه غیر واحد فاسـتدل بالدلیل المزبور، و لاـ ریب فی أنه متجه، إذ احتمال جواز المحتمل دون المتیقن کما تری، بل الأدله لا تساعـد علیه، إذ لا تعرض فیها لکون المعلق علیه معلوم الوقوع لدی المعلق أولا.

و لعله لـذا قـال المصـنف مشـیرا إلی القول المزبور الـذی مقتضاه جواز التعلیق فی نفس الإنشاء و هو نادر إذ لم نعرف من وافقه علیه، بل لعله لا قائل به بالمعنی المزبور، فتخرج المسأله عن الخلاف بعد حمل کلام القائل علی إراده تعلیق الأثر و المتعلق.

و هل یقع فی إضرار؟ قیل کما عن النهایه و الوسیله لا یقع ل

قول الباقر علیه السلام فی حسن حمران (۲): «لا یکون ظهار فی یمین و لا فی إضرار»

و فیه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من کتاب الظهار.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من کتاب الظهار الحدیث ۲.

إشکال منشأه التمسک بالعموم و الإطلاق کتابا(۱)و سنه(۲)بل لعل ظاهر الأکثر الوقوع، لعدم ذکر ذلک فی شرائطه، فلا یقوی حینئذ الخبر المزبور علی التخصیص و التقیید، و لکن لا یخفی علیک إمکان منع ذلک بعد قبول الخبر للحجیه، خصوصا بعد حکایه الشهره کما عن الکفایه علی مضمونه، و إمکان تأییده

بقاعده «لا ضرر و لا ضرار»

اللهم إلا أن یقال: إن مبنی مشروعیه الظهار علی الضرار.

و کیف کان ف فی وقوعه موقوفا علی الشرط تردد و خلاف أظهره الجواز وفاقا للمحکی عن الصدوق و الشیخ و ابن حمزه، بل و أکثر المتأخرین، فلو قال: «أنت علی کظهر أمی إن دخلت الدار» أو «إن شاء زید» فدخلت الدار و شاء وقع، ل

قول الصادق علیه السلام فی صحیح ابن الحجاج(۳): «الظهار ضربان: أحدهما فیه الکفاره قبل المواقعه، و الآخر بعدها، فالذی یکفر قبل المواقعه الذی یقول: أنت علی کظهر أمی، و لا یقول إن فعلت بک کذا و کذا، و الذی یکفر بعد المواقعه الذی یقول: أنت علی کظهر أمی إن قربتک»

و نحوه

مضمره الآخر(۴): «الظهار علی ضربین فی أحدهما الکفاره، إذا قال: أنت علی کظهر أمی، و لا یقول أنت علی کظهر أمی إن قربتک»

و قوله علیه السلام أیضا فی صحیح حریز(۵)«الظهار ظهاران: فأحدهما أن یقول: أنت علی کظهر أمی ثم یسکت، فذلک الذی یکفر قبل أن یواقع، فإذا قال: أنت علی کظهر أمی إن فعلت کذا و کذا ففعل فحنث فعلیه الکفاره حین یحنث»

و خبر عبد الرحمن بن أبی نجران (۶)قال: «سأل صفوان بن یحیی عبد الرحمن بن الحجاج و أنا حاضر عن الظهار، قال:

۱- ۱ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱ و غیره- من کتاب الظهار.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۶- من کتاب الظهار الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۶- من کتاب الظهار الحدیث ۸.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۶- من کتاب الظهار الحدیث ۷.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۶- من کتاب الظهار الحدیث ۱۲ و لیس فیه سأل صفوان. و ذکره بعینه فی الاستبصار ج ۳ ص ۲۶۰.

سمعت أبـا عبـد الله عليه السـلام يقول: إذا قـال الرجـل لامـرأته: أنت على كظهر أمی لزمه الظهـار، قال لها دخلت أو لم تـدخلی خرجت أو لم تخرجی أو لم يقل شيئا فقد لزمه الظهار»

مضافا إلی العموم كتابا(۱)و سنه(۲)حتی

قوله صلی الله عليه و آله(۳): «المؤمنون عند شروطهم»

بل و موافقه الحكمه، فإن المرأه قـد تخالف الرجل فی بعض مقاصـده، فتفعل ما يكرهه و تمتنع عن ما يرغب فيه، و يكره الرجل طلاقهـا من حيث يرجو موافقتهـا، فيحتـاج حينئـذ إلی تعليق مـا يكرهه بفعـل مـا تكرهه أو ترك ما تريـده، فإما أن تمتنع و تفعل فيحصل غرضه، أو تخالف فيكون ذلك جزاء معصيتها، لضرر جاء من قبلها.

و خلافا للسيد و بنی زهره و إدريس و سعيد و البراج، بل عن الغنيه و السرائر الإجماع عليه، لمعلوميه منافاه التعليق لإنشاء العقد و الإيقاع إلا ما خرج، و ل

خبر الزيات (۴)«قلت لأبی الحسن الرضا عليه السلام: إنی ظاهرت من امرأتی، فقال: كيف

قلت؟ قال: قلت: أنت علی كظهر أمی إن فعلت كذا و كذا، فقال: لا شی ء عليك، فلا تعد»

و مرسـل ابـن بكير(۵)«قلـت لأبـی الحسـن عليـه السـلام إنی قلـت لامـرأتی: أنـت علی كظهر أمی إن خرجـت من بـاب الحجره فخرجت، فقال:

ليس عليك شی ء، قلت: إنی قوی علی أن أكفر، فقال: ليس عليك شی ء، فقلت:

إنی قوی علی أن أكفر رقبه و رقبتين، قال: ليس عليك شی ء قويت أو لم تقو»

و مرسل ابن فضال (۶)عن أبی عبد الله عليه السلام «لا يكون الظهار إلا علی موضع الطلاق»

و قد عرفت عدم وقوع الطلاق معلقا، فلا يقع الظهار.

و لا يخفی عليك ما فی الجميع، ضروره وجوب الخروج عن قاعده التنجيز

۱- ۱ سوره المجادله: ۵۸ الآيه ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱ و غيره- من كتاب الظهار.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث ۴ من كتاب النكاح.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۶- من كتاب الظهار الحديث ۴.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١٦- من كتاب الظهار الحديث ٣.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٢- من كتاب الظهار الحديث ٣.

بالأدله السابقه، كالنذر و اليمين و غيرها مما جاز فيها التعليق، و الأخبار- مع الضعف فيها المانع من أصل القبول فضلا عن المعارضه، و احتمال الأول منها نفى الشى ء عليه قبل حصول الشرط، أو لعدم حضور الشاهدين و غير ذلك و اليمين، كالثانى.

و ظهور الثالث فى إراده المرأه من الموضع فيه- لا تصلح معارضه للأخبار السابقه، و الإجماعان المزبوران موهونان بما عرفت.

هذا و لكن فى القواعد «فى الفرق بين الفرض و بين المعلق نظر» و فى شرحها للأصبهانى «من خروج التعليق عن النصوص، و من أن الوقوع مشروطا يدل على عدم اشتراط التنجيز و إراده الإيقاع بنفس الصيغه فيه، و إذا لم يشترط ذلك لم يكن فرق بين الشرط و التعليق، بل قد يكون التعليق أولى بالوقوع».

و من الغريب ما وقع فى المسالك فى المقام و كان نسخته التى شرح عبارتها فيها سقط، كما لا يخفى على من لاحظ شرحه لها فى المقام الذى قد جعل فيه الكلام فى المسأله الثانيه شرحا للمسأله الاولى، و حكى عن المصنف القول بالعدم، و أنه نسب القول بالجواز إلى الندره، مع أن صريح كلامه الجواز بعد التردد، و كذا كلامه فى النافع. و أغرب منه موافقه الرياض له على ذلك، و ما ندرى أن السبب فى ذلك اختلاف النسخ أو عدم التماميه فى الملاحظه؟ و لعل الذى غرهما التعبير باعتبار التنجيز المراد منه فى غير المقام عدم التعليق مطلقا، و لكن التدبر فى العباره يقتضى ما ذكرناه، و احتمال الفرق بين الشرط و الوصف فى غايه البعد، بل يمكن القطع بفساده.

و لو قيد مده كأن يظاهر منها شهرا أو سنه أو يوما قال الشيخ:

لا يقع للأصل، و لأنه لم يؤبد التحريم، فأشبه ما إذا شبهها بامرأه لا تحرم عليه على التأبيد، و ل

صحيح سعيد الأعرج (۱)عن الكاظم عليه السلام «فى رجل ظاهر من

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من كتاب الظهار الحديث ۱۰ و فيه« فوفى» بدل« يوما» كما فى التهذيب ج ۸ ص ۱۴ الرقم ۴۵ و الاستبصار ج ۳ ص ۲۶۲ الرقم ۹۳۶. و الوافى ج ۱۲ ص ۱۳۹. الا- أن فيه و فى بعض النسخ« يوما» مكان« فوفى» كما يشير الى ذلك قريبا.

مرأته يوما، قال: ليس عليه شي ء».

و لكن فيه إشكال مستند إلى عموم الآيه(۱)و الروايه(۲)فإن مقتضاهما الجواز، مضافا إلى

خبر سلمه بن صخر(۳)قال: «كنت امرءا قد أوتيت من جماع النساء ما لم يؤت غيرى، فلما دخل رمضان ظاهرت من امرأتى حتى ينسلخ رمضان خوفا من أن أصيب فى ليلتى شيئا فاتابع فى ذلك إلى أن يدركنى النهار و لا أقدر أن أترك، فبينما هى تخدمنى من الليل إذا انكشف لى منها شى ء فوثبت عليها، فلما أصبحت غدوت على قومى فأخبرتهم خبرى، و قلت لهم: انطلقوا معى إلى رسول الله صلى الله عليه و آله فأخبروه بأمرى، فقالوا: و الله لا نفعل، نتخوف أن ينزل فينا قرآن، و يقول فينا رسول الله صلى الله عليه و آله مقاله يبقى علينا عارها، لكن اذهب أنت فاصنع ما بدا لك، فخرجت حتى أتيت النبى صلى الله عليه و آله، فأخبرته بخبرى، فقال لى: أنت بذاك، فقلت: أنا بذاك، فقال: أنت بذاك، فقلت: أنا بذاك، فقال: أنت بذاك، فقلت: نعم ها أنا ذا فامض فى حكم الله عز و جل

فأنا صابر له، قال: أعتق رقبه، فضربت صفحه رقبتى بيدى، فقلت: لا و الذى بعثك بالحق ما أصبحت أملك غيرها، فقال: فصم شهرين متتابعين، فقال يا رسول الله صلى الله عليه و آله:

و هل أصابنى ما أصابنى إلا من الصوم؟ قال: فتصدق، قلت: و الذى بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا و ما لنا عشاء، فقال: اذهب إلى صاحب صدقه بنى رزين فقل له فليدفعها إليك، فأطعم عنك وسقا من تمر ستين مسكينا، ثم استعن بسائره عليك و على عيالك، قال: فرجعت إلى قومى، فقلت: وجدت عندكم الضيق و سوء الرأى، و وجدت عند رسول الله صلى الله عليه و آله السعه و البركه، و قد أمر لى بصدقتكم فادفعوها إلى،

۱- ۱ سوره المجادله: ۵۸- الآيه ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱ و غيره- من كتاب الظهار.

۳- ۳ سنن البيهقى ج ۷ ص ۳۹۰ و المستدرك الباب- ۱- من كتاب الظهار الحديث ۴.

فدفعوها إلى»

و فى روايه اخرى (۱)«إن النبى صلى الله عليه و آله أعطاه مكتلا فيه خمسه عشر صاعا، فقال: أطعمه ستين مسكينا، و ذلك لكل مسكين مد».

إلا أن هذا الخبر لم نجده فى طرقنا، و إنما هو من طرق العامه، كما اعترف به غيرنا أيضا، و إطلاق الأدله لا تناول فيه للفرض، بل المنصرف منه غيره، خصوصا بعد أن كان الظهار فى الجاهليه لحرمه الأبد و لم يشرعه الشارع، بل جعله من المحرمات و أنه لا يفيد حرمه و

لكنه يوجب الكفاره، فالإطلاق حينئذ ليس إلا للظهار المزبور، بل لعل قوله تعالى (۲)«ما هُنَّ أُمَّهاتِهِمْ إِنْ أُمَّهاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ» مشعر بذلك، بل إن شرع الإطلاق المزبور التقييد بالوقت فليشرع أيضا التقييد بالمكان و بغيرهما من الأحوال الذى لم نعرف له أثرا فى كلام الأصحاب، فلا ريب فى أن المتجه بحسب الأصول العدم، مؤيدا بالصحيح (۳)المزبور و إن قيل:

إنه مختلف النسخ، ففى بعضها ما سمعت، و فى آخر عوض «يوما» «فوفى» و حينئذ يخرج عن الدلاله على المقام، ضروره كون المراد أنه وفى بظهاره، أى لم يقرب، بل ظاهر الوافى أن هذه النسخه هى المعتمده، بل قيل: لا دلاله فيه على النسخه الأخرى أيضا، إذ يمكن أن يكون نفى الشى ء عليه لوفائه بما قال باعتبار قصر اليوم، لكن هذا كله لا ينافى التأييد، للأصول و لو للظهور أو الاحتمال على بعض النسخ، و الله العالم.

هذا و ربما قيل: إن قصرت المده عن زمان التربص لم يقع لأن الظهار يلزمه التربص مده ثلاثه أشهر من حين الترافع و عدم الطلاق، و هو يدل بالاقتضاء على أن مدته تزيد عن ذلك، و إلا لا لانتفى اللازم الدال على انتفاء الملزوم، بل عن المختلف اختياره و إن كنا لم نتحققه، بل فى المسالك لا بأس به، و الروايه

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۷ ص ۳۹۰.

۲- ۲ سوره المجادله: ۵۸- الآيه ۲.

۳- ۳ المتقدم فى ص ۱۰۹.

الصحيحه(۱)لا تنافيه.

و لكن هو كما ترى تخصيص للعموم بالحكم المخصوص من غير مقتض، و الحكم بالتربص تلك المده على تقدير المرافعه لا يوجب تخصيص العام، لأن المرافعه حكم من أحكام الظهار و هى غير لازمه، فجاز أن لا ترافعه، فيحتاج إلى معرفه حكمه على هذا التقدير، و جاز أن لا يعلمها بإيقاعه و يريد معرفه حكمه مع الله تعالى شأنه، و الحكم بتربصها تلك المده على تقدير المرافعه محمول على ما إذا كان مؤبدا أو موقتا بزياده عنها، فإذا قصرت كان حكمه تحريم العود إلى أن يكفر من غير أن يتوقف على المرافعه.

و من هنا كان فيه أى القول المزبور ضعف واضح، ضروره أنه لا دلاله فيما ذكره على مشروعيه الموقت، بل لعل ظاهر إطلاق الحكم بتربص المده المزبوره يقتضى كون الظهار مبنيا على الدوام، فهو إن لم يدل على العدم فلا دلاله فيه على مشروعيه التوقيت قطعا، فالأصول المزبوره حينئذ بحالها، كما هو واضح.

نعم لو ثبت دليل التوقيت أمكن القول بعدم منافاه ذلك له لما عرفت، و الله العالم.

[فروع لو قال أنت طالق كظهر أمى وقع الطلاق]

فروع لو قال: أنت طالق كظهر أمى وقع الطلاق إذا قصده، لوقوع صيغه صحيحه و لغا الظهار،

قصده بأن أراد أنت طالق و أنت كظهر أمى أو لم يقصده و إن جاز وقوعه بالمطلقه الرجعيه، لعدم تماميه الصيغه بسبب عدم ذكر الموضوع.

و قال الشيخ: إن قصد الطلاق و الظهار صح إذا كانت المطلقه رجعيه، فكأنه قال: أنت طالق أنت كظهر أمى، و فيه تردد، لأن النيه لا تستقل بوقوع

۱- ۱ المتقدمه فى ص ۱۰۹.

الظهـار ما لم يكن اللفظ الصـريح الـذى لا احتمال فيه كما فى غير الظهار من العقود و الإيقاعات، و لكن لا يخفى عليك إمكان دفعه بناء على ما تكرر منا من أن المـدار فى صـيغ العقود و الإيقاعات على إنشاء معناها باللفظ الـدال عليها حقيقه كان أو مجازا إلا ما خرج بالـدليل على التعبد بلفظ خاص، و حينئذ فالمتجه الصـحه مع فرض معلوميه قصده الظهار بالعباره المزبوره، و الفرض أنها صحيحه بمقتضى القواعد العربيه.

نعم لو لم ينو الظهار به أو نوى به التأكيـد للطلاق لم يصـح قطعا، بل فى المسالك «و كذا إذا قصد بالجميع الظهار، فإنه يحصـل الطلاق أيضا دون الظهار، أما حصول الطلاق فللفظه الصـريح، و الصريح لا يقبل صرفه إلى غيره، حتى لو قال لزوجته: أنت طالق ثم قال: أردت به من وثاق غيرى أو نحو ذلك لم يسـمع و حكم به عليه، بخلاف ما لو أتى بالكنايه حتى يصـححه بها، و الأصل فى ذلـك و نظـائره أن اللفـظ الصـريح إذا وجـد نفـاذا فى موضوعه لاـ ينصـرف إلى غيره بالنيه، و أما عـدم حصول الظهار فلأن الطلاق لا ينصـرف إلى الظهار، و الباقى ليس بصريح فى الظهار كما بيناه، و هو لم بنوبه الظهار و إنما نواه بالجميع، و يحتمل هنا لزوم الظهار أخذا بإقراره» و إن كان فيه مالا يخفى.

بل كأنه من غرائب الكلام إن لم يحمل على صوره التـداعى، فيراد حينئذ من قوله: «قصد» أنه ادعى قصد الظهار بالمجموع، كما عساه يومئ إليه تعليله و قوله أخيرا: «أخذا بإقراره» و إن كان فيه ما فيه أيضا على هذا التقدير أيضا فتأمل.

و كـذا قوله أيضا متصـلا بذلك: «رابعها أن يقصد الطلاق و الظهار جميعا نظر، فان قصدهما بمجموع كلامه حصل الطلاق دون الظهـار لمـا تبين، و إن قصـد الطلاـق بقوله: أنت طـالق و الظهـار بقوله: كظهر أمى ففيه الخلاف» إلى آخر ما ذكره، ضـروره أن المتجه عـدم حصول كل منهما مع فرض قصد حصولهما بمجموع كلامه، لعدم كونه صـيغه طلاق و لا ظهار، اللهم إلا أن يحمل على ما عرفت،

أو يقـال: إن قصـد المجموع منهمـا لا ينافى وفاء صـيغه الطلاق به، فتأمل. و كـذا إذا قصـد بالمجموع الطلاق أو الظهار، كما هو واضح.

و لو عكس فقـال: أنت كظهر أمى طـالق و قصـدهما معـا بمـا دل على كـل منهمـا وقعا بناء على ما ذكرناه، و فى المسالك «وقع الظهار لصـراحته، و فى وقوع الطلاق الوجهان، لأنه من النيه و أنه ليس فى لفظ الطلاق مخاطبه و لا ما فى معناها» و قـد عرفت ما فيه، و فى القواعد بعد أن ذكر ما ذكر المصـنف قال: «و يقعان معا لو قال: أنت كظهر أمى طالق و قصدهما على إشـكال» و كأنه فرق بين المسألتين بسـبب إمكان الاجتزاء بصـيغه الطلاق بتقدير موضوع المطلقه، لفحوى الاكتفاء بقول: «نعم» بخلاف الظهار، و الحق عدم الفرق بينهما بعد فرض صحه ذلک فى العربيه.

و أغرب من ذلک قول المصـنف و كذا لو قال: أنت حرام كظهر أمى مريدا عدم صـحه الظهار به أيضا كالأولى، كما عن الشيخ فى المبسوط و الخلاـف مـدعيا فيهما الإجماع على ذلک، و لعله لأنه غير المعهود من صـيغه الظهار فى النصوص، فالأصل عـدم ترتب حكمه عليها.

لكن فيه أنک قد سمعت ما فى

صحيح زراره(۱)عن الباقر عليه السلام جواب سؤاله عن كيفيته من قوله: «يقول لامرأته و هى طاهر فى غير جماع: أنت على حرام مثل ظهر أمى أو أختى»

و هو نص فى الباب، و كذا ما فى

خبر حمران (۲)عنه عليه السلام أيضا فى سبب نزول الآيه(۳)من «أن الرجـل قال لها: أنت على حرام كظهر أمى- إلى قوله-: لما قال الرجل الأول لامرأته: أنت على حرام كظهر أمى قال: إن قالها بعد ما عفى الله و غفر للرجل فان عليه تحرير رقبه»

و لأن قوله:

«حرام» تأكيد لغرضه، فلا ينافيه، فان قوله: «أنت كظهر أمى» لا بد له من

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من كتاب الظهار الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من كتاب الظهار الحديث ۲.

۳- ۳ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۲.

القصد إلی معناه، و هو یستلزم القصد إلی الحرمه، فإذا نطق به کان أولی.

و العجب من تجویز الشیخ وقوعه بالکنایه، و ما هو أبعد من هذه مع خلوها عن نص یقتضی صحتها، و منعه من هذه الصیغه مع ورود النص الصحیح بها بل مع قطع النظر عنه یتجه الصحه، لتحقیق معنی الظهار بها و صراحتها فیه. و من هنا جزم فی المسالک بالصحه تبعا للمحکی عن الفاضل فی التحریر و المختلف، بل و القواعد و إن قال: «علی إشکال».

نعم لو قال: «أنت علی حرام» ففی القواعد «لیس بظهار و إن نواه» و لعله للأصل بعد فرض ظهور النصوص فی اعتبار التشبیه به، مضافا إلی ظهور الأخبار ک

خبر زراره(۱)«سأل الباقر علیه السلام عن رجل قال لامرأته: أنت علی حرام، فقال:

لو کان علیه سلطان لأوجعت رأسه، و قلت: الله أحلها لک فما حرمها علیک، إنه لم یزد علی من أکذب فزعم أن ما أحل الله له حرام، و لا یدخل علیه طلاق و لا کفاره، فقال زراره: قول الله عز و جل (۲)«یا أَیُّهَا النَّبِیُّ لِمَ تُحَرِّمُ ما أَحَلَّ اللَّهُ لَکَ؟» فجعل فیه الکفاره، فقال: إنما حرم

علیه جاریه ماریه، فحلف أن لا یقربها، فإنما جعل علیه الکفاره فی الحلف، و لم یجعل علیه فی التحریم»

و غیره من النصوص (۳).

أما لو قال: «أنت علی کظهر أمی حرام» أو «أنت علی حرام کظهر أمی» و «أنت طالق أنت کظهر أمی للرجعه» و «أنت کظهر أمی طالق» وقع من غیر إشکال إذا قصده، لإتیانه بالصیغه کامله من غیر تخلل شی ء، و غایه ما زاده أن یکون لغوا مع فرض أنه قصد بحرام فی الأولی و «طالق» فی الأخیره کونه خبرا ثانیا.

و لو ظاهر إحدی زوجتیه إن ظاهر ضرتها ثم ظاهر الضره وقع الظهاران المنجز و المعلق علیه، بل فی المسالک «لو قال: إن ظاهرت من إحداکما أو أیکما

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب مقدمات الطلاق الحدیث ۲ من کتاب الطلاق.

۲- ۲ سوره التحریم: ۶۶- الآیه ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب مقدمات الطلاق من کتاب الطلاق.

ظاهرت منها فالأخرى على كظهر أمى ثم ظاهر من إحداهما صار مظاهرا من الأخرى أيضا و إن كان هو كما ترى، اللهم إلا أن يكون مبنيا على صحه وقوع الظهار بالمبهم، نحو ما سمعته فى الطلاق، فيراد حينئذ أنه ظاهر إحداهما باللفظ المزبور، فإذا ظاهر الآخرى ثم الظهاران، لكنه أيضا هو كما ترى، فتأمل.

و لو ظاهرها إن ظاهر فلانه الأجنبيه و قصد النطق بلفظ الظهار صح الظهار عند مواجهتها به، و إن قصد الظهار الشرعى لم يقع ظهار

لاشتراط الصحيح منه بالوقوع على الزوجه، و إن أطلق ففيه وجهان، كما عن المبسوط و التحرير من احتمالى التعليق على الاسم و الصفه. و كذا لو قال: أجنبيه على الحاليه أو اقتصر عليها من دون ذكر فلانه.

و لو قال فلانه من غير وصف بالأجنبيه ثم تزوجها و ظاهرها قال الشيخ: يقع الظهاران، و هو حسن و إن كان قد يحتمل العدم، لكون الشرط حين إيقاع الصيغه غير مشروع، و ربما قيل: إن الشرط هو الذى يجوز وقوعه حال التعليق و عدمه، و من المعلوم أن ظهار الأجنبيه حال التعليق غير صحيح، و المفروض عدم إراده مجرد الصوره، فكان ذلك أشبه بالصيغه المتأخره عن التعليق و إن كان هو كما ترى، ضروره عدم خروجه بذلك عن أصل الشرطيه التى يكفى فيها التجويز بحسب الذات و إن تخلف لفقد شرط من شروطه، على أنه لا دليل لغه و لا عرفا على اعتبار إمكان حصول الشرط حال التعليق فى مفهوم الشرط، كما هو واضح.

و لو نكح فلانه الأجنبيه التى علق ظهار الزوجه على ظهارها و ظاهرها ففى المسالك «فى وقوع الظهار بالزوجه الأولى وجهان: من خروجها بالنكاح عن كونها أجنبيه فلا يقع، و من تعليق ظهارها بظهار فلانه، و الوصف بالأجنبيه للتعريف لا للشرط، نحو ما لو حلف على أن لا يدخل دار زيد هذه فباعها زيد ثم دخلها، فان فى حنثه الوجهين أيضا، و منشأهما ترجيح الإشاره على الوصف أو بالعكس».

نعم لا يقع الظهار إذا علقه عليها مريدا به الشرعى حال كونها أجنبيه و إن نكحها و ظاهرها، لعدم حصول المعلق عليه الذى هو مستحيل شرعا، كما لو قال:

«أنت على كظهر أمى إن بعت الخمر» و أراد البيع الشرعى، و الله العالم.

و لو علقه بمشيئه الله تعالى شأنه و قصد الشرط لم يقع، لعدم العلم بوقوعه إن لم يكن معلوما عدمه، نعم لو قصد التبرك وقع، لكونه منجزا حينئذ.

و لو قال: «أنت على كظهر أمى إن لم يشأ الله تعالى» فلو كان عدليا يعتقد أنه تعالى لا يريد القبائح و المعاصى وقع إن عرف التحريم، لأنه منجز فى المعنى، و إن كان أشعريا ففى القواعد إشكال، و لعله من الجهل بوقوع الشرط الموجب لاستصحاب الحل و الحكم بعدم وقوع الظهار، و من لزوم وقوعه شاء الله أو لم يشأ، فإنه إن شاء لم يجز أن لا يقع، لكون المشيئه عندهم سببا تاما لوقوع الشى ء، و إن لم يشأ تحقق الشرط، فيتحقق المشروط، و لزوم عدم وقوعه على التقديرين، فإنه إن شاء فقد انتفى الشرط فانتفى المشروط، و إن لم يشأ لم يقع، إذ ما من شى ء إلا بمشيئه الله تعالى، و ربما دفع بأنه يلزم منه بطلان التعليق، فلا يقع الظهار، لأنه إنما أوقعه معلقا.

و لو علق بالنقيضين كأن قال: «أنت على كظهر أمى إنشاء الله أو لم يشأ» أو «إن دخلت الدار أو لم تدخلى» وقع لأنه فى معنى نفى التعليق.

و لو علق بأمرين على الجمع لم يقع مع وقوع أحدهما، بل لا بد من وقوعهما و لو على البدل، إلا أن ينص على اجتماعهما دفعه، نعم يقع بوقوع أحدهما لو علقه بهما على البدل، كما هو واضح، إلى غير ذلك من الفروع التى ذكرها العامه فى صوره تعليق الطلاق بناء على مذهبهم فيه، فان مثلها يأتى فى المقام بناء على جواز التعليق فى الظهار و إن لم نجوزه فى الطلاق، و الله العالم.

[الأمر الثانی فی المظاهر]

الأمر الثانی فی المظاهر و لا خلاف فی أنه یعتبر فیه البلوغ و کمال العقل و الاختیار و القصد بل و لا إشکال، بل الإجماع بقسمیه علیه، فلا- یصح ظهار الطفل و لا المجنون و لا المکره و لا فاقد القصد بالسکر أو الإغماء أو الغضب أو النوم و السهو و نحو ذلک، للأدله العامه علی ذلک کله، نحو

قوله صلی الله علیه و آله (۱): «إنما الأعمال بالنیات»

و «رفع القلم»(۲)

و نحوهما، بل لم یحک أحد الخلاف هنا فی المراهق و إن عرفت البحث فیه فی الطلاق، و لعله لخصوص أدلته هناک بخلاف المقام الذی ظاهر أدلته کتابا(۳)و سنه(۴)کون المظاهر

مکلفا، و لذا وصف بالمنکر و الزور، و وجب علیه الکفاره.

و الأمر سهل بعد وضوح الأمر من الأدله العامه فضلا عما ورد هنا فی بعض الشرائط، ک

موثق عبید بن زراره(۵)عن أبی عبد الله علیه السلام «لا طلاق إلا ما أرید به الطلاق، و لا ظهار إلا ما أرید به الظهار»

و حسن حمران (۶)السابق عن أبی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب مقدمه العبادات الحدیث ۱۰ من کتاب الطهاره.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۶- من أبواب القصاص فی النفس الحدیث ۲ من کتاب القصاص.

۳- ۳ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الظهار.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۳- من کتاب الظهار الحدیث ۱.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۷- من کتاب الظهار الحدیث ۲.

جعفر علیه السلام «لا یکون ظهار فی یمین و لا فی إضرار و لا فی غضب»

و قال الرضا علیه السلام فی صحیح ابن أبی نصر(۱): «الظهار لا یقع علی الغضب»

و فی موثق عمار(۲)عن أبی عبد الله علیه السلام «سألته عن الظهار الواجب، قال: الذی یرید به الرجل الظهار بعینه»

و غیرها.

و لعل من ذلک

خبر حمزه بن حمران (۳)«قلت لأبی عبد الله علیه السلام: رجل قال لأمته: أنت علی کظهر أمی

یرید أن یرضی بذلک امرأته، قال: یأتیها لیس علیه شی ء»

باعتبار عدم النیه فیه أو أنه أراد الیمین لها علی ذلک، و قد عرفت عدم انعقاده بالظهار، نحو

موثق ابن بکیر(۴)قال: «تزوج حمزه بن حمران ابنه بکر، فلما أراد أن یدخل بها قال له النساء: لسنا ندخلها علیک حتی تحلف لنا، و لسنا نرضی أن تحلف بالعتق، لأنک لا تراه شیئا، و لکن احلف لنا بالظهار، و ظاهر من أمهات أولادک و جواریک، فظاهر منهن، ثم ذکر ذلک لأبی عبد الله علیه السلام، فقال: لیس علیک شی ء، ارجع إلیهن»

و لعل هذا الحلف کان علی عدم طلاقها، کما یفصح عنه

خبر آخر(۵)فی معناه، و فیه «أنهم قالوا له: أنت مطلاق، فنخاف أن تطلقها، فلا ندخلها علیک حتی تقول: إن أمهات أولادک علیک

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من کتاب الظهار الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من کتاب الظهار الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۶- من کتاب الظهار الحدیث ۹.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶- من کتاب الظهار الحدیث ۳ عن عبد الله بن المغیره قال.، الا أن الموجود فی الاستبصار ج ۳ ص ۲۵۸ و التهذیب ج ۸ ص ۱۱ عن ابن المغیره عن ابن بکیر قال.، و فی الجمیع « تزوج حمزه بن حمران ابنه بکیر.».

۵- ۵ الوسائل الباب- ۶- من کتاب الظهار الحدیث ۲ و فیه« أنت لا- تبالی بالطلاق و لیس هو عندک بشی ء و لیس ندخلها علیک حتی تظاهر من أمهات أولادک قال: ففعل» و کذلک فی الکافی ج ۶ ص ۱۵۴ و ما فی الجواهر نقل بالمعنی أخذه من بیان المحدث الکاشانی.

كظهر أمك أن طلقتها».

و كيف كـان فلاـ إشـكال فى شـى ء من الشـرائط المزبوره. فما عن العامه- من عـدم اعتبار النيه- واضـح الفساد، كالمحكى من قولهم أيضـا من وقوع ظهـار السـكران، و مـا أبعـد مـا بين ذلك و بين ما فى الحـدائق من أن إطلاق الخبرين المـذكورين شامل لمطلق الغضب ارتفع معه القصـد أو لم يرتفع، و تبعه فى الريـاض، فقال: «و كـذا لا يقع فى حال غضب مطلقا و إن لم يرتفع معه القصد أصـلا و لا سكر بلا خلاف فى الظاهر فيهما، و هو حجه فيهما كالأدله القاطعه فى الثانى و الصحيح و الموثق فى الأول» و إن كان هو كما ترى مناف لإجماع الأصحاب على الظاهر و لجميع ما دل على وقوع الظهار مع حصول الشرائط المزبوره الذى لا يعـارضه إطلاق الخبرين المزبورين اللـذين يعارضـهما ما دل على تحقق الظهار بإراده الظهار من وجه، و لا ريب فى أن الترجيح لذلك عليهما من وجوه، و من هنا كان ظاهر الأصحاب تقييد الغضب بالرافع للقصد، كما هو واضح.

و على كل حال فقـد بان لك مما هنا و ما تقدم سابقا أنه لو ظاهر و نوى الطلاق لم يقع طلاق، لعدم اللفظ (التلفظ خ ل) المعتبر فيه و هو أنت طالق و لا ظهار، لعـدم القصـد و كـذا لو طلق و قصـد الظهار لم يقع ظهار، لعدم اللفظ المعتبر فيه، و لا طلاق لعدم القصد بلا خلاف فى شى ء من ذلك عندنا و لا إشكال، خصوصا بعد

قول الصادق عليه السلام (۱): «لا يقع ظهار عن طلاق و لا طلاق عن ظهار»

خلافا للعامه، فجوزوا وقوع الطلاق بلفظ الظهار مع النيه حتى لو قال: «أنت طالق

كظهر أمي» و نوى الطلاق بالأخيره وقع عليه طلاقان إن كان الأول رجعيا و بطلانه واضح عندنا.

و يصـح ظهـار الخصـى و المجبوب و إن لم تبق لهمـا مـا يتحقق به الجمـاع من إدخال الحشـفه أو قـدرها إن قلنا بتحريم ما عـدا الوطء فى الظهار مثل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من كتاب الظهار الحديث ۱.

الملامسه و غيرها من ضروب الاستمتاع، لإطلاق أدله الظهار الممكن تحقق فائدته بامتناع غير الوطء من الاستمتاع نعم لو قلنا باختصاصه بالوطء لم يقع منهما ظهار، لعدم فائدته، بل فى المسالك «هذا كله إذا لم نشترط الدخول بالمظاهره، و إلا لم يقع منهما مطلقا، حيث لا يتحقق منهما الدخول» قلت: قد يفرض عروض ذلك لهما بعد الدخول، و الأمر سهل.

و زاد فى القواعد الخنثى، و أورد عليه بأنه يجوز أن يكون امرأه و آله الرجل زياده، فلا يتحقق الوطء الصادر من الرجال الذى هو مناط الظهار. و فيه أن المتجه عدم جواز تزويج الخنثى المشكل من أصله، لعدم العلم بكونه رجلا، و يمكن أن يريد العنين من الخنثى فى كلامه، لغلبه التعنين فى الخناثى، و الله العالم.

و كذا يصح الظهار من الكافر وفاقا للأكثر نقلا إن لم يكن تحصيلا، لإطلاق الأدله و لكن منعه الشيخ و تبعه القاضى و سبقه الإسكافى فيما حكى عنهما، بل ظاهر مبسوط الأول الإجماع عليه التفاتا إلى تعذر الكفاره منه التى هى من لوازم الظهار إذ هى عباده لا تصح منه، و إلى أنه حكم شرعى فكيف يصح ممن لا يقربه و لا ريب فى أن المعتمد المزبور لهم فى المنع ضعيف غير صالح لتخصيص العموم، و ذلك لإمكانها أى الكفاره منه بتقديم الإسلام القادر عليه، و لذلك كان مكلفا بالفروع.

و ما يقال من أن الذمى يقر على دينه فحمله على الإسلام لذلك بعيد، و أن الخطاب على العباده البدنيه لا يتوجه على الكافر الأصلى ففى المسالك «أنه أجيب عنه بأنا لا نحمل الذمى على الإسلام و لا نخاطبه بالصوم، و لكن نقول: لا نمكنك من الوطء إلا هكذا، فإما أن يتركه أو يسلك طريق الحل» قلت: هذا مع الترافع إلينا.

و إنما الكلام فى صحه وقوعه من الكافر و ترتب حكمه عليه، و لا ريب فى صحته و ترتب أحكامه عليه بناء على تكليفه بالفروع أقر بالشرع أو لم يقر إذ ذلك من باب الأسباب التى لا تفاوت فيها بين المقر و المنكر، هذا إن لم نقل بصحه

العتق و الإطعام من كافر كما عن بعض، و إلا صح بلا إشكال و إن تعذر خصوص الصوم منه، كما أنه قيل: لا إشكال فيما لو أسلم بعد الظهار لعدم جريان الكلام المزبور فيه حينئذ.

و كذا يصح من العبد عندنا، بل الإجماع بقسميه عليه، للعموم و خصوص نحو

خبر محمد بن حمران (۱)«سأل الصادق عليه السلام عن المملوك أ عليه ظهار فقال: عليه نصف ما على الحر: صوم شهر، و ليس عليه كفاره صدقه و لا عتق»

و صحيحه جميل (۲)عن أبی عبد الله عليه السلام فی حديث «فی الظهار، و قال: إن الحر و المملوك سواء، غير أن على المملوك نصف ما على الحر من الكفاره، و ليس عليه عتق رقبه و لا صدقه إنما عليه صيام شهر»

و خبر الثمالی (۳)عن أبی جعفر عليه السلام «سألته عن المملوك أ عليه ظهار؟ فقال: نصف ما على الحر من الصوم، و ليس عليه الكفاره صدقه و لا عتق»

فما عن بعض العامه- من المخالفه فی ذلك لأن لازم الظهار إيجاب تحرير الرقبه و هو لا يملكها- واضح الفساد، خصوصا بعد قوله تعالى (۴)«فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيامُ شَهْرَيْنِ مُتَتابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا» و العبد غير واجد، فيلزمه الصوم كما هو واضح، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من كتاب الظهار الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من كتاب الظهار الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من كتاب الظهار الحديث ۳.

۴- ۴ سوره المجادله: ۵۸- الآيه ۴.

[الأمر الثالث فی المظاهره منها]

الأمر الثالث فی المظاهره منها و لا خلاف عندنا و لا إشکال فی أنه یشترط أن تکون

منکوحه بالعقد بل الإجماع بقسمیه علیه، مضافا إلی عنوان موضوعه کتابا(۱)و سنه(۲)بالزوجه أو ما فی حکمها ف لا إشکال فی الشرط المزبور، و لکن علی معنی أنه لا یقع بالأجنبیه خلافا لأبی حنیفه و لو علقه علی النکاح بأن قال: «أنت علی کظهر أمی إن تزوجتک» خلافا لمالک و الشافعی.

و أن تکون طاهرا طهرا لم یجامعها فیه إذا کان زوجها حاضرا أو ما فی حکمه و کان مثلها تحیض، و لو کان زوجها غائبا بحیث لا یعرف حال زوجته صح، و کذا لو کان حاضرا و هی یائسه أو لم تبلغ بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک بیننا، بل إجماعنا بقسمیه علیه، مضافا إلی

صحیح زراره(۳)عن أبی جعفر علیه السلام و قد سأله عن کیفیته، فقال: «یقول الرجل لامرأته و هی طاهر فی غیر جماع: أنت علی حرام کظهر أمی»

و روایه حمران (۴)عنه علیه السلام أیضا «لا یکون ظهار إلا علی طهر بعد جماع بشهاده شاهدین مسلمین».

و قول أبی عبد الله علیه السلام فی المرسل (۵): «لا یکون الظهار إلا علی مثل موضع الطلاق»

و منه مع اعتضاده بفتوی الأصحاب و إجماعهم یستفاد حکم الغائب و غیره علی نحو ما سمعت فی الطلاق محررا، و المدار فی الشرط المزبور علی وقت إیقاعه لا وقت حصول

۱- ۱ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۲ و ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱ و غیره- من کتاب الظهار.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من کتاب الظهار الحدیث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲- من کتاب الظهار الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲- من کتاب الظهار الحدیث ۳.

الشرط لو كان معلقا عليه كما هو واضح و فى اشتراط الدخول تردد و خلاف و المروى صحيحا عن الصادقين عليهما السلام اشتراطه ففى

صحيح ابن مسلم (۱)عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام قال «فى المرأه التى لم يدخل بها زوجها، قال:

لا يقع عليها إيلاء و لا ظهار»

و فى صحيح الفضيل بن يسار(۲)عن الصادق عليه السلام «سألته عن رجل مملك ظاهر من امرأته قال: لا يلزم، ثم قال: و قال لى: لا يكون ظهار و لا إيلاء حتى يدخل بها»

إلى غير ذلك من النصوص المعتضده مع ذلك بعمل الشيخ و الصدوق و أكثر المتأخرين كما فى المسالك.

خلافا للمفيد و المرتضى و سلار و ابنى إدريس و زهره و هو القول الأخر الذى مستنده التمسك ب ما فى الكتاب من العموم (۳)القابل للتخصيص بالسنه(۴)عندنا كما حرر ذلك فى محله، و لا ينافى ذلك ما دل على أنه

«لا يكون ظهار إلا على مثل موضع الطلاق» من الخبر(۵)

المزبور، و من المعلوم عدم اعتبار الدخول فى صحه الطلاق، فليكن الظهار كذلك، ضروره عدم اقتضاء الخبر المزبور إلا أن الظهار لا يقع إلا حيث يقع الطلاق، لا أنه حيث ما يقع الطلاق يقع الظهار، كما هو واضح.

و هل يقع الظهار بالمستمتع بها فيه خلاف، و الأظهر الأشهر بل المشهور الوقوع لإطلاق الأدله، خلافا للمحكى عن الحلى و ظاهر الإسكافى و الصدوق، للأصل المقطوع بالإطلاق المزبور، و لانتفاء لازم الظهار الذى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من كتاب الظهار الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من كتاب الظهار الحديث ۱ و ليس فيه « قال: لا يلزم ثم قال» الا أنه موجود فى التهذيب ج ۸ ص ۲۱ الرقم ۶۶.

۳- ۳ سوره المجادله: ۵۸- الآيه ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸- من كتاب الظهار.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲- من كتاب الظهار الحديث ۳.

هو الإلزام بأحد الأمرين: الفئه أو الطلاق المعلوم امتناعه فيها، و تنزيل هبه المده منزلته قياس، على أن أجل المستمتع بها قد يكون قليلا لا يحتمل الأمر بالصبر إلى المده.

و فيه منع كون ذلک لازم أصل الظهار، و إنما هو حكم ما تعلق منه بالزوجه التی يمكن ذلک فی حقها، خصوصا بعد ما ستسمع من صحه وقوعه بالمملوكه التی لا يجری فيها ذلک، و

المرسل (۱)عن الصادق عليه السلام «لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق»

لاـ جابر له فی المقام، بل يمكن دعوى انصرافه إلى إراده اعتبار شرائط الطلاق من الخلو عن الحيض و نحوه منه لا نحو المقام، كما أنه يمكن دعوى اندراج المتمتع بها فی المثل، و قد تقدم بعض الكلام فی ذلک فی كتاب النكاح.

و فی الموطوءه بالملک و لو مدبره أو أم ولد تردد و خلاف و المروی صحيحا و غيره أنه يقع كما يقع بالحره و هو الأقوى وفاقا للمشهور بين المتأخرين لا للايه(۲)التی يمكن دعوى انصراف النساء فيها إلى غيرها، بل ل

صحيح ابن مسلم (۳)عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن الظهار على الحره و الأمه، فقال: نعم»

و نحوه صحيحه الآخر(۴)عن أبی عبد الله عليه السلام،

و موثق إسحاق بن عمار(۵)«سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يظاهر من جاريته، فقال: الحره و الأمه فی ذلک سواء»

و صحيح ابن البختری أو حسنه (۶)عن أبی عبد الله و أبی الحسن عليهما السلام «فی رجل كان له عشر جوار فظاهر منهن جميعا بكلام واحد، فقال

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من كتاب الظهار الحديث ۳.
۲- ۲ سوره المجادله: ۵۸- الآيه ۲.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۱- من كتاب الظهار الحديث ۲.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۱- من كتاب الظهار الحديث ۵.
۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۱- من كتاب الظهار الحديث ۱.
۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۱- من كتاب الظهار الحديث ۳ عن أبی عبد الله أو أبی الحسن عليهما السلام، الا أن فی الاستبصار ج ۳ ص ۲۶۳ و التهذيب ج ۸ ص ۲۱ عن أبی عبد الله و أبی الحسن عليهما السلام.

علیه السلام: علیه عشر کفارات»

و خبر ابن أبی یعفور(۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل ظاهر من جاریته، قال: هی مثل ظهار الحره»

و صحیح ابن أبی نضر المروی عن قرب الاسناد(۲)عن الرضا علیه السلام «سألته عن الرجل یظاهر من أمته، فقال: کان جعفر علیه السلام یقول: یقع علی الحره و الأمه الظهار»

و عن المبسوط روی أصحابنا(۳)أن الظهار یقع بالأمه و المدبره و أم الولد.

خلافا للمحکی عن بنی أبی عقیل و حمزه و البراج و إدریس و المفید و أبی الصلاح و سلار، للأصل المقطوع بما عرفت و المرسل (۴)الذی قد عرفت الحال فیه آنفا، و

خبر حمزه بن حمران (۵)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل جعل جاریته علیه کظهر امه، قال: یأتیها و لیس علیه شی ء»

القاصر عن معارضه ما تقدم بضعف السند، و الموافقه للعامه، و باحتماله الإخلال بالشرائط، کما عن الشیخ قال:

«لأن حمزه بن حمران روی هذه الروایه فی کتاب البزوفری أنه یقول ذلک لجاریته یرید إرضاء زوجته، لا لإراده الظهار الحقیقی». قلت: قد یؤیده ما سمعته سابقا من خبری حمزه بن حمران (۶)و إن کان یمکن أن یکون ذلک خبرا آخر له، و لأن الظهار کان فی الجاهلیه طلاقا، و من المعلوم أن الطلاق لا یقع بها الذی هو کما تری، خصوصا بعد ما نقل أنهم کانوا یظاهرون من الأمه أیضا، و یعزل سیدها

فراشها، بل نقل وقوع الطلاق علیها فی الجاهلیه.

هذا و فی المسالک «و اعلم أنه علی القول بوقوعه بها یأتی فیها الخلاف السابق فی اشتراط الدخول و عدمه، لتناول الروایات الداله علیه لها، کما تناولت الحره،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من کتاب الظهار الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من کتاب الظهار الحدیث ۷.

۳- ۳ المستدرک الباب- ۷- من کتاب الظهار الحدیث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲- من کتاب الظهار الحدیث ۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۱- من کتاب الظهار الحدیث ۶.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۶- من کتاب الظهار الحدیث ۲ و ۳.

توهم اختصاص ذلك الخلاف بالحره ضعيف جدا بل باطل» قلت: لا ريب فى اختصاص تلك الأدله فى الزوجه دون الأمه المملوكه، نعم قد يقال بظهور هذه الأدله فى مساواتها للحره، و أنها ملحقه بها فى ذلك، و قد عرفت اعتبار الدخول فى الحره فيعتبر فيها.

و الظاهر إلحاق الأمه المحلله بالمملوكه فى وقوع الظهار عليها مع الدخول بها، لإطلاق الأدله المزبوره الذى لا يقدح فيه اختصاص مورد سؤاله بغيرها، كما هو واضح، و الله العالم.

و كيف كان ف مع الدخول يقع و لو كان الوطء دبرا لما عرفته غير مره من أنه لا خلاف فى تحقق الدخول بالوطء دبرا فى كل ما جعل عنوانا له من الأحكام، و لم نعرف مخالفا فى ذلك إلا من المحدث البحرانى، فادعى انسياق الدخول فى القبل من الأدله المزبوره، و قد تقدم البحث معه فى ذلك.

و على كل حال فيقع الظهار مع تحقق شرطه صغيره كانت المظاهره أو كبيره مجنونه أو عاقله لأن الصغر و الجنون لا مدخليه لهما فى أحكام الوضع إن لم يكونا لهما أهليه للترافع، كما أن حرمه الدخول بالصغيره لا تنافى تحقق شرطيه الظهار، و حينئذ لا إشكال فى وقوع الظهار فى الفرض.

و كذا يقع فى الرتقاء المدخول بها فى دبرها و المريضه التى لا توطأ فى فرجها، و لكن دخل بها فى دبرها، هذا و فى المسالك «أنه يمكن بناء ذلك عليهما على القول بعدم اشتراط الدخول، بقرينه ذكر المريضه التى لا توطأ الشامل إطلاقه للقبل و الدبر فى سائر الأوقات، و إن لم يدخل الرتقاء فى هذا العموم غالبا النظر إلى الدبر، و مثله إطلاق المصنف الحكم بصحه ظهار الخصى و المجبوب للذين لا يمكنهما الوطء، فإنه لا يتم على القول باشتراط الدخول، فلا بد فى إطلاق هذه الأحكام من تكلف».

قلت: قد عرفت إمكان إصلاحه فى الخصى و المجبوب بإمكان عروض ذلك لهما

بعد الدخول، إنما الكلام فيما ذكره هنا، و قد تبعه عليه الفاضل فی القواعد، فقال:

«و علی الاشتراط یقع مع الوطء دبرا فی حال صغرها و جنونها، و یقع بالرتقاء و المریضه التی لا توطأ» و الظاهر إرادته ما ذكرناه فی تفسیر المتن.

و الأصل فی التشویش عباره المبسوط، فإنها علی ما قیل «و أما بعد الدخول بها فإنه یصح ظهارها صغیره كانت أو كبیره، عاقله أو مجنونه، بكرا أو ثیبا، مدخولا بها أو غیر مدخول، یقدر علی جماعها أو لم یقدر، لعموم الآیه».

و لعل مراده بعد الدخول بها دبرا، فیكون مراده حینئذ نحو ما سمعته فی عباره المتن، و الثیبوبه و البكاره إنما هی بالنسبه إلی الفرج، و كذا الكلام فی القدره علی جماعها و عدمها، هذا و لكن فی كشف اللثام «و لا یظهر لهذا الكلام معنی إلا أن یكون المراد: سواء كانت الثیبوبه للدخول بها، أو لغیره، أو یكون المراد بالدخول الخلوه» انتهی.

[الأمر الرابع فی الاحکام]

[المسأله الاولی الظهار محرم لاتصافه بالمنکر و القول الزور]

الاولی: لا خلاف فی أن الظهار محرم، لاتصافه بالمنکر و الزور فی قوله تعالی(۱):

«وَ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَراً مِنَ الْقَوْلِ وَ زُوراً» و هما معا محرمان مع تصریح الروایه(۲)الوارده فی سبب نزولها بکونه معصیه. و لکن قیل و إن لم نتحققه لأحد من أصحابنا لا عقاب فیه، لتعقیبه بالعفو فقال عز و جل بعد ذکره (۳):

«وَ إِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ» و هو یستلزم نفی العقاب.

و فیه أنه لا یلزم من وصفه تعالی بالعفو و الغفران فعلیتهما بهذا النوع من المعصیه، و ذکره بعده لا یدل علیه، فإنه تعالی موصوف بـذلک عفی عن هذا الذنب الخاص أو لم یعف، نعم تعقبه له لا یخلو من باعث علی الرجاء و الطمع فی عفو الله تعالی، و نظائره فی القرآن کثیره، کقوله تعالی (۴)«لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُناحٌ فِيما أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَ لكِنْ ما تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَ كانَ اللَّهُ غَفُوراً رَحِيماً» و غیره. هذا کله بالنسبه إلی نفس الآیه الشریفه، و إلا فقد عرفت التصریح فی الروایه(۵)الوارده فی

۱- ۱ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الظهار الحدیث ۲.

۳- ۳ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۲.

۴- ۴ سوره الأحزاب: ۳۳- الآیه ۵.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الظهار الحدیث ۲.

سبب نزولها بكونه معصيه موجبه للكفاره، و إنما العفو كان لأول الفاعلين باعتبار جهله، و الله العالم، بحقيقه الحال.

[المسأله الثانيه لا تجب الكفاره بالتلفظ عندنا]

المسأله الثانيه:

لا تجب الكفاره بالتلفظ عندنا بل و عند غيرنا، بل الإجماع بقسميه عليه، لظاهر اعتبار العود فى الآيه(۱)و غيرها، بل يمكن دعوى تواتر النصوص (۲)فى ذلك، خصوصا ما دل (۳)منها على عدم الكفاره مع عدم المس و حينئذ فما عساه يظهر من بعضها(۴)من ترتب الكفاره على حصوله يجب تنزيله على ما فى

غيره من أنه إنما تجب بالعود الذى هو العنوان فى الآيه.

و المشهور أنه هو إراده استباحه الوطء بل قيل: إنه يظهر من التبيان و مجمع البيان و غيرهما الاتفاق عليه، ل

صحيح جميل (۵)عن أبى عبد الله عليه السلام «سأله عن الظهار متى يقع على صاحبه فيه الكفاره؟ فقال: إذا أراد أن يواقع امرأته، قلت: فان طلقها قبل أن يواقعها أ عليها كفاره؟ قال:

سقطت الكفاره عنه»

و صحيح الحلبى (۶)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد أن يتم على طلاقها، قال: ليس عليه كفاره، قلت: فإن أراد أن يمسها، قال: لا يمسها حتى يكفر، قلت: فان فعل فعليه شى ء، فقال: اى و الله إنه لآثم ظالم، قلت: عليه كفاره غير الاولى؟ قال: نعم»

و خبر أبى بصير(۷)

۱- ۱ سوره المجادله: ۵۸- الآيه ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من كتاب الظهار.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰- من كتاب الظهار.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۳- من كتاب الظهار و الباب ۱ منه الحديث ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۰- من كتاب الظهار الحديث ۴.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۵- من كتاب الظهار الحديث ۴.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۱۵- من كتاب الظهار الحديث ۶.

«قلت: لأبی عبد الله علیه السـلام: متی تجب الکفاره علی المظاهر؟ قال: إذا أراد أن یواقع، قال: قلت: فان واقع قبل أن یکفر، قال: فقال: علیه کفاره أخری».

بل و

خبر علی بن مهزیار(۱)قال: «کتب عبد الله بن محمد إلی أبی الحسن علیه السلام:

جعلت فـداک إن بعض موالیـک یزعم أن الرجـل إذا تکلم بالظهار وجبت علیه الکفاره حنث أو لم یحنث، و یقول: حنثه کلامه بالظهار، و إنما جعلت علیه الکفاره عقوبه لکلامه، و بعضـهم یزعم أن الکفاره لا تلزم حتی یحنث فی الشـی ء الـذی حلف علیه، فان حنث وجبت علیه الکفاره، و إلا فلا کفاره علیه، فوقع علیه السلام بخطه: لا تجب الکفاره حتی یحنث»

بناء علی أن المراد بالحنث فیه العود إلی ما حرمه علی نفسه مما کان مباحا له، إلی غیر ذلک من النصوص التی منها

المرسل (۲)أیضا «فی رجل ظاهر- إلی أن قال-: سقطت عنه الکفاره إذا طلق قبل أن یعاود المجامعه»

و غیره.

فما عن بعض العامه- من أن المراد به الوطء نفسه- واضح الفساد، ضروره مخالفته ما عرفت من الکتاب (۳)و السنه(۴)و الإجماع و ما فی بعض نصوصنا- من موافقته ک

خبر زراره(۵)«قلت لأبی جعفر علیه السـلام: إنی ظاهرت من أم ولدی ثم وقعت علیها ثم کفرت، فقال: هکذا یصنع الرجل الفقیه إذا وقع کفر»

و خبره الآخر(۶)«قلت لأبی عبد الله علیه السلام: رجل ظاهر ثم واقع قبل أن یکفر، فقال لی:

أو لیس هکذا یفعل الفقیه؟»

- محمول علی التقیه، أو علی الظهار المعلق علی الوطء أو علی الاسـتفهام الإنکاری فی الأول و زیاده «أو» من النساخ فی الثانی، أو «و لیس» فیوافق الأول حینئذ فی الإنکار، أو علی إراده هکذا یصنع الفقیه منهم، أو غیر ذلک.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من کتاب الظهار الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من کتاب الظهار الحدیث ۶.

۳- ۳ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۰- من کتاب الظهار.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١٦- من كتاب الظهار الحديث ٢.

٦- ٦ الوسائل الباب- ١٦- من كتاب الظهار الحديث ٥.

و على كل حال فلا ريب فى فساد القول المزبور كباقى أقوالهم فى المقام عدا ما وافق ما ذكرناه.

و كذا ما سمعته سابقا فى خبر(۱)سبب النزول- من أن المراد عود غير الفاعل الأول إلى الظهار بعد أن نزلت آيته- لم أجد به قائلا منا، نعم عن أبى على و المرتضى منا المراد بالعود إمساكها على النكاح زمانا و إن قل، كما عن بعض العامه، لأن صيغه الظهار تقتضى التحريم الذى لا يكون إلا بالبينونه، فإذا لم يبنها فقد عاد عن التحريم، كما يقال: قال فلان: قولا ثم عاد فيه و عاد له أى خالفه و نقضه يقرب من قولهم عاد فلان فى هبته، و هو أيضا واضح الضعف، لا لاقتضاء «ثم» التراخى الذى هو وارد على المختار لو فرض أنه أراد استباحه الوطء عقيب الظهار بلا فصل، و إن أمكن الجواب عنه بجريانه على الغالب الذى هو عدم إراده المظاهر خلاف ظهاره متصلا به،

بل إنما يكون بعد ذلك بمده، بل هو للنصوص (۲)التى يمكن دعوى تواترها بخلافه، خصوصا ما دل (۳)منها على عدم الكفاره بعدم المس المعتضده مع ذلك بالأصل و غيره مما عرفت، هذا.

و لكن الأقرب أنه لا استقرار لها فلو فارقها بعد إراده الوطء لم يكن عليه كفاره بل معنى الوجوب تحريم الوطء حتى يكفر كما عن المشهور، لا أنه يخاطب بالكفاره بمجرد الإراده المزبوره و إن عدل عنها و طلق مثلا الذى هو مناف لظاهر النصوص (۴)التى منها ما دل (۵)على أنه لا يمسها حتى يكفر و على سقوط الكفاره إذا فارقها قبل المس، بل و ظاهر الآيه(۶)الموجب للتحرير قبل المس، و القبليه تستدعى وجود المتضائفين.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من كتاب الظهار الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من كتاب الظهار.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰- من كتاب الظهار.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۰- من كتاب الظهار.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۰- من كتاب الظهار الحديث ۸.

۶- ۶ سوره المجادله: ۵۸- الآيه ۳.

فما عن العلامه فی التحریر- من القول بالاستقرار بإراده الوطء التی هی العود المعلق علیه وجوب الکفاره و إن رجع عنها، و لأنها وجبت عند الإراده فیستصحب، و لأنها إن لم تستقر بذلک لم تکن واجبه حقیقه، بل إنما کانت شرطا لإباحه الوطء- واضح الفساد، لأنه کالاجتهاد فی مقابله النص.

لکن فی کشف اللثام «و الجواب أن الوجوب خلاف الأصل، و إنما علم من النصوص الوجوب بمعنی

توقف المس علیه و إن لم یکن ذلک وجوبا حقیقه».

و قد تبع بذلک ما فی المسالک حیث قال: «فان قیل: یلزم من هذا عدم وجوبها، لأن الواجب هو الذی لا یجوز ترکه لا إلی بدل، و هذه الکفاره قبل المسیس یجوز ترکها مطلقا حیث یعزم علی عدم المسیس إما مطلقا أو مع فعل ما یرفع الزوجیه، و یترتب علی ذلک أنه لو أخرجها قبل المسیس لا یجزی، لأنها لم تجب، و لأن نیه الوجوب لها غیر مطابقه، و هذا المعنی الذی أطلقتموه علیه غیر الوجوب المتعارف، بل هو بالشرط أشبه، قلنا: الأمر کما ذکرت، و إطلاق الوجوب علیها بهذا المعنی مجازی، و قد نبهوا علیه بقولهم بمعنی تحریم الوطء حتی یکفر، فهی حینئذ شرط فی جواز الوطء، و إطلاق الواجب علی الشرط من حیث إنه لا بد منه فی صحه المشروط مستعمل کثیرا، و منه وجوب الوضوء للصلاه المندوبه، و وجوب الترتیب فی الأولین، بمعنی الشرطیه فیهما، و أما نیه الوجوب بالکفاره فجاز إطلاقها بهذا المعنی، لأن نیه کل شی ء بحسبه، و لو لم نعتبر نیه الوجه کما حققناه فی أبواب العبادات لعدم الدلیل الناهض علیه تخلصنا عن الاشکال» و قد تبعه غیر واحد ممن تأخر عنه علی ذلک.

لکنه کما تری، ضروره أن الوجوب الشرطی لا یکفی فی ملاحظه الامتثال المتوقف علیه صحه العباده التی لا تقع من دون أمر شرعی، و ما أدری ما الذی دعاهم إلی ذلک؟ إذ لا منافاه بین الوجوب الشرعی و الشرطی، و الفرض ظهور الکتاب(۱)

۱- ۱ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۳.

و السنه(۱)فیهما معا، نعم إنما ذلک مع الإراده المتعقبه لاستباحه الوطء و یحصل ذلک باستمرارها إلی تمام التکفیر و إن لم یطأ، أما مع فرض الطلاق أو الرجوع عن الإراده المزبوره أو غیر ذلک فلا وجوب و لو فی أثناء الکفاره، و هذا هو المراد من عدم استقرار الوجوب فی مقابل القائل باستقراره و إن رجع عن تلک الإراده، بل قد یقال: إن الظهار هو السبب الموجب لها، و لکن بشرط العود الذی هو الإراده المزبوره، فمع فرض انتفاء استمرارها یرتفع الشرط، فیرتفع المشروط، بل هذا هو معنی قوله تعالی (۲)«وَ الَّذِینَ یُظاهِرُونَ مِنْ نِسائِهِمْ ثُمَّ یَعُودُونَ لِما قالُوا فَتَحْرِیرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ یَتَمَاسَّا».

و کیف کان ف لو وطأ قبل الکفاره لزمه کفارتان بلا خلاف معتد به أجده فیه، بل عن الخلاف و الانتصار و السرائر و الغنیه و ظاهر التبیان و المبسوط الإجماع علیه، و لعل وجهه حصول سبب الکفاره أولا بالظهار و العود الذی قد عرفته، و الوطء سبب ثان لها باعتبار حصول الحنث به بالظهار الذی هو کالیمین و النذر بالنسبه إلی ذلک.

مضافا إلی صحیح الحلبی (۳)و خبر أبی بصیر(۴)المتقدمین سابقا، و

حسن الصیقل (۵)عن الصادق علیه السلام «قلت له: رجل ظاهر من امرأته فلم یکفر، قال: علیه الکفاره من قبل أن یتماسا، قلت: فإنه أتاها قبل أن یکفر، قال:

بئسما صنع، قلت: علیه شی ء؟ قال: أساء و ظلم، قلت: فیلزمه شی ء؟ قال: رقبه أیضا».

بل لم نجد فی ذلک خلافا إلا من أبی علی فی خصوص من کان تکفیره بالإطعام،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من کتاب الظهار.

۲- ۲ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار الحدیث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار الحدیث ۶.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار الحدیث ۵« فلم یف» بدل« فلم یکفر» کما فی الاستبصار ج ۳ ص ۲۶۲ و ۲۶۵ و التهذیب ج ۸ ص ۱۴ و ۱۸.

فلم یوجب تقدمه علی المس و لا تکریره به، کما هو ظاهر عبارته المحکیه عنه و إن کانت لا تخلو من سماجه، و من هنا حکی بعضهم عنه عدم وجوب التعدد بالوطء الأول مطلقا، و لکن ما ذکرناه هو مقتضی التدبر فیها محتجا بإطلاق الآیه فیه، بخلاف العتق و الصیام.

و استدل له فی المسالک بخبری (۱)زراره السابقین المشتملین علی التکفیر بعد المواقعه، و قد عرفت الحال فیهما، و ب

حسن الحلبی (۲)عن الصادق علیه السلام «سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات، قال: یکفر ثلاث مرات، قلت: فان واقع قبل أن یکفر قال: یستغفر الله و یمسک حتی یکفر»

و خبر زراره(۳)عن أبی جعفر علیه السلام «إن الرجل إذا ظاهر من امرأته ثم یمسها قبل أن یکفر فإنما علیه کفاره واحده، و یکف عنها حتی یکفر»

و ما تقدم من خبر سلمه بن صخر(۴)و أمر النبی صلی الله علیه و آله له بکفاره واحده، مع أنه واقع بعد الظهار قبل التکفیر،

و المرسل (۵)عن النبی صلی الله علیه و آله «فی المظاهر یواقع قبل أن یکفر، قال: کفاره واحده».

و من هنا قال فیها: «و یمکن علی هذا حمل الأخبار(۶)الوارده بتعدد الکفاره علی الاستحباب جمعا بین الأخبار، و مع أن فی تینک الروایتین رائحه الاستحباب، لأنه علیه السلام لم یصرح بأن علیه کفاره أخری إلا بعد مراجعات و عدول عن الجواب، کما لا یخفی- إلی أن قال-: قول ابن الجنید لا یخلو من

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من کتاب الظهار الحدیث ۲ و ۵.

۲- ۲ ذکر صدره فی الوسائل فی الباب- ۱۳- من کتاب الظهار الحدیث ۲ و ذیله فی الباب- ۱۵- منه الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار الحدیث ۹.

۴- ۴ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۸۶.

۵- ۵ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۸۶.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار.

قوه، و فیه جمع بین الأخبار» و تبعه علی ذلک فی الجمله فی کشف اللثام، فإنه بعد أن حکی قول ابن الجنید قال: «و یؤیده أن أکثر الأخبار إنما أوجب علیه رقبه ثانیه» ثم ذکر بعض النصوص التی سمعتها.

لکن لا یخفی علیک أن هذا من الاعوجاج فی الفقه، نسأل الله تعالی العافیه منه، ضروره أن

هذا القول الشاذ- الذی یمکن القطع بفساده و لو بملاحظه استقرار الکلمه علی خلافه فی الأعصار المتعاقبه- فیه أن من المعلوم کون ترک التقیید فی الإطعام لکونه بدلا عنهما، فما القید فیهما إلا قید فیه، و کذا من المعلوم مرجوحیه النصوص المزبوره بالنسبه إلی تلک النصوص من وجوه یکفی أحدها فی عدم المکافئه التی تحتاج إلی الجمع المزبور الذی هو مع ذلک بلا شاهد.

بل قد عرفت الاحتمالات فی خبری زراره(۱)کما أن غیرهما من النصوص لا صراحه فیه، بل و لا ظهور بخصوص المحکی عن ابن الجنید الذی هو موافق للأصحاب فی خصوص العتق و الصیام، بل ما فیه من الأمر بالاستغفار و الکف (۲)و نحوهما مما ینافی قول ابن الجنید الذی مبناه عدم وجوب تقدیم الإطعام علی المس و عدم تکرره بتکرره، فهی حینئذ من قسم المأول الخارج عن الحجیه.

مع أنه لیس بأولی من حملها علی صوره الجهل و النسیان المصرح بها فی المسالک و کشف اللثام و غیرهما و المحکی عن الشیخ اللذین أولهما مبنی أمر النبی صلی الله علیه و آله سلمه بن صخر(۳)بالکفاره الواحده و کذا الرجل من بنی النجار(۴)بل لعل ذلک أولی، لشهاده

قول الباقر علیه السلام فی صحیح ابن مسلم (۵)له بخلاف الأول، قال: «الظهار لا یکون إلا علی الحنث، فإذا حنث فلیس له أن یواقعها حتی

یکفر، فان جهل و فعل فإنما علیه کفاره واحده»

المؤید

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من کتاب الظهار الحدیث ۲ و ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار الحدیث ۲ و ۳.

۳- ۳ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۸۶.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار الحدیث ۷.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار الحدیث ۸.

بخبر(۱)رفع الخطأ و النسیان و غیره، مضافا إلی ظهور النصوص (۲)الموجبه فی العامد و من ذلک یتجه إلحاق الناسی بالجاهل المصرح به فی الصحیح المزبور(۳).

و کیف کان ف لو کرر الوطء تکررت الکفاره وفاقا للمشهور، بل لا خلاف معتد به أجده فیه، لصدق الوطء قبل التکفیر علی کل منها، و قد عرفت ظهور الأدله فی کونه سببا للتکفیر، و الأصل عدم التداخل، مضافا إلی

خبر أبی بصیر(۴)عن الصادق علیه السلام «إذا وقع المره الثانیه قبل أن یکفر فعلیه کفاره أخری»

و لیس فی هذا اختلاف.

فما عن ابن حمزه- من أنه إن کفر عن الوطء الأول لزمه التکفیر عن الثانی و إلا فلا، لأن الأخبار الموجبه لکفاره اخری للوطء تشمل الوطء الواحد و المتعدد، و الأصل البراءه من التکریر، فإذا وطأ مرات قبل التکفیر لم یکن علیه سوی کفاره أخری، و أما إذا کفر عن الأول فإذا وطأ ثانیا صدق علیه أنه وطأ قبل

التکفیر، فلزمه کفاره أخری، و حسن أبی بصیر لیس نصا فی إیجاب التکرار مطلقا، و فی کشف اللثام «و هو قوی»- لا ریب فی ضعفه، إذ هو کالاجتهاد فی مقابله النص أو فی حکم النص.

نعم الظاهر أنه لا کفاره علیه فیما لو فرض حصول وطئه ثانیا بعد تکفیره عن السبب الأول، لعدم صدق الوطء قبل التکفیر حینئذ، بناء علی أن المراد به التکفیر عن الظهار الذی هو قبل المس.

و لعله لذا جزم به فی القواعد و شرحها للاصبهانی، نعم قالا: «لو وطأ ثانیا بعد أن أدی کفاره واحده ناویا بها عن الوطء الأول بعینه أو عن أحدهما، أی الوطء الأول و الظهار لا علی التعیین علی إشکال فی الثانی وجبت بالوطء الثانی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۶- من أبواب جهاد النفس من کتاب الجهاد.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار الحدیث ۱ و ۴ و ۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار الحدیث ۸.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار الحدیث ۱.

كفاره ثالثه» لصدق الوطء قبل التكفير عن الظهار الذى قد عرفت ظهور الأدله فى كونه سببا للكفاره حتى فى الصوره الثانيه، بناء على صحتها و انصرافها إلى التوزيع بينهما، لعدم حصول تمام كفاره الظهار حينئذ، فيكون كما لو وطأ فى أثناء كفارته فى أنه يصدق عليه أنه وطأ قبل أن يكفر.

اللهم إلا أن يقال: إن المتيقن منه قبل الشروع فى الكفاره، لكنه كما ترى، ضروره كون الكفاره اسما للمجموع، نعم لو قيل فى الفرض إنه تقع الكفاره لواحد منهما لا بعينه أمكن القول حينئذ بعدم الحكم بصدق الوطء قبل التكفير، و الأصل براءه الذمه، فتأمل جيدا.

[المسأله الثالثه إذا طلقها رجعيا ثم راجعها لم تحل له حتى يكفر]

المسأله الثالثه:

إذا طلقها رجعيا ثم راجعها لم تحل له حتى يكفر بلا خلاف أجده فيه، لأنها حينئذ بحكم الزوجه، نعم ليس مجرد رجوعه بها موجبا للكفاره بل هى على حالها السابق الذى قد عرفت اعتبار العود بالظهار فى وجوب الكفاره فيه، و الرجوع بها أعم من العود الذى قد عرفته، و

مرسل النميرى (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام «رجل ظاهر ثم طلق، قال: سقطت عنه الكفاره إذا طلق قبل أن يعاود المجامعه، قيل: فإنه راجعها، قال: إن كان إنما طلقها لإسقاط الكفاره عنه ثم راجعها فالكفاره لازمه له أبدا إذا عاود المجامعه، و إن كان طلقها و هو لا ينوى شيئا من ذلك فلا بأس أن يراجع، و لا كفاره عليه»

مع سقوطه عن الحجيه قاصر عن المعارضه من وجوه، و لذا لم أجد عاملا به.

و لو خرجت من العده ثم تزوجها و وطأها فلا كفاره فضلا عما قبل الوطء وفاقا للمشهور، للأصل السالم عن معارضه الأدله السابقه بعد ظهورها فى أن الموجب لها العود و الوطء بالسبب الأول الذى وقع الظهار عليه لا مطلقا حتى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من كتاب الظهار الحديث ۶.

لو استباحها بسبب جدید، کما صرح بذلک کله فی

خبر یزید بن معاویه(۱)علی ما عن الفقیه و یزید الکناسی علی ما عن غیره المنجبر بما عرفت إن کان فی سنده شی ء، قال: «سألت أبا جعفر علیه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها تطلیقه، فقال: إذا طلقها هو تطلیقه فقد بطل الظهار، و هدم الطلاق الظهار، فقلت له:

فله أن یراجعها؟ قال: نعم هی امرأته، فإن راجعها وجب علیه ما یجب علی المظاهر من قبل أن یتماسا، قلت: فان ترکها حتی یحل أجلها و تملک نفسها ثم تزوجها بعد ذلک هل یلزمه الظهار من قبل أن یمسها؟ قال: لا، قد بانت منه و ملکت نفسها»

مؤیدا بالنصوص (۲)المستفیضه الداله علی سقوط الکفاره عنه بالطلاق.

و من ذلک یعلم الوجه فیما ذکره المصنف و غیره بقوله و کذا لو طلقها بائنا و تزوجها فی العده و وطأها ضروره أنها بالطلاق البائن قد ملکت نفسها و انقطع حکم السبب الأول الذی وقع علیه الظهار، و إنما استحل نکاحها بعقد جدید، خلافا لسلار و أبی الصلاح فأوجبا حکم الظهار، و لو بالتزویج بعد عده البائنه لإطلاق الآیه(۳)الذی هو مع الإغضاء عن تقییده

بما سمعت منساق إلی العود بذلک السبب لا مطلقا، و ل

حسن علی بن جعفر(۴)عن أخیه علیه السلام سأله «عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها بعد ذلک بشهر أو شهرین فتزوجت، ثم طلقها الذی تزوجها فراجعها الأول، هل علیه فیها الکفاره للظهار الأول؟ قال: نعم عتق رقبه أو صوم أو صدقه»

القاصر عن معارضه ما سمعت بمخالفه الشهره و موافقه العامه و غیر ذلک، فلا بأس بحمله علی الندب.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من کتاب الظهار الحدیث ۲ عن برید بن معاویه کما فی الفقیه ج ۳ ص ۳۴۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من کتاب الظهار.

۳- ۳ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۰- من کتاب الظهار الحدیث ۹.

و أما المناقشه فی متنه- باحتمال فساده، لأنه عقب تزویجها بعد طلاقها بشهر أو شهرین، فیکون قد وقع فی العده، بل عقب التزویج فیه بالفاء المقتضیه للفوریه المستلزمه لعدم الخروج من العده، بل قوله أخیرا «فراجعها الأول» و لم یقل «تزوجها» مشعر بذلک أیضا- فلا یخفی علیک ما فیها، بل أطنب فی المسالک فی ردها، و لکن لا حاجه إلیه بعد ما عرفت.

و کذا لا- کفاره قطعا لو ماتا أو مات أحدهما قبل العود بلا خلاف و لا إشکال أو ارتدا أو أحدهما عن فطره أو عن مله قبل الدخول أو بعده إذا کان المرتد الرجل عن فطره، حتی لو قلنا بقبول توبته علی وجه یصح له تزویجه بامرأته، لکن هو حینئذ کالمطلق بائنا بل أعظم، و لو کان عن مله أو کانت المرتده

الامرأه فهو بحکم الطلاق الرجعی، ضروره الرجوع إلی الزوجه بالإسلام فی العده کما هو واضح، و یمکن کون إطلاق المصنف اتکالا علی وضوحه، و للفرق بین الطلاق الرجعی و بینه بجعله سببا جدیدا دون الطلاق، و الله العالم.

[المسأله الرابعه لو ظاهر من زوجته الأمه ثم ابتاعها فقد بطل العقد]

المسأله الرابعه:

لو ظاهر من زوجته الأمه ثم ابتاعها فقد بطل العقد كما عرفته فی محله، و یتبعه بطلان حکم الظهار لما سمعته. و حینئذ لو وطأها بالملک الجدید لم یجب علیه الکفاره، للأصل و غیره مما عرفت، بل هو أقوی من تزویجها بعد طلاقها بائنا، لاختلاف جنس السبب فیه دونه. و لو ابتاعها من مولاها غیر الزوج ففسخ نکاحه سقط حکم الظهار الذی کان قد تعلق به.

و حینئذ ف لو تزوجها الزوج بعقد مستأنف لم تجب الکفاره و کذا لو اشتراها منه.

و لو ظاهر السید أمته المملوکه- بناء علیه- فباعها من غیره بطل حکم الظهار و إن اشتراها منه بعد ذلک، و أولی منه ما لو أعتقها ثم تزوجها.

و لو ظاهر غیر زوجته الأمه المظاهره أیضا و عاد ثم قال لمالکها: «أعتقها عن ظهاری» ففعل وقع عتقها عن کفارته و انفسخ النکاح بینهما، لأن إعتاقها عنه یتضمن تملیکه، و إذا ملک زوجته انفسخ نکاحه، و یتبعه بطلان ظهاره لها، فإذا أراد تزویجها لم یتعلق به حکم الظهار، لما عرفت، و کذا لو أعتقها باستدعائه عن کفاره أخری. و لو ظاهر عن أمته المملوکه و عاد فأعتقها عن ظهاره جاز.

و کذا لو آلی عن زوجته الأمه و وطأها لزمته الکفاره، فقال لسیدها(۱):

«أعتقها عن کفارتی» ففعل جاز و انفسخ النکاح کالظهار، و لو ظاهر من زوجته الذمیه و عاد ثم نقضت المرأه العهد فاسترقت فملکها الزوج فأسلمت و أعتقها عن کفاره ظهاره أو غیرها جاز، و ذلک و غیره کله واضح بحمد الله تعالی.

۱- ۱ فی النسخه الأصلیه المبیضه و المسوده« فقال سیدها» و الصحیح ما أثبتناه.

[المسأله الخامسه إذا قال أنت كظهر أمی إن شاء زید فقال شئت وقع علی القول بدخول الشرط فی الظهار]

المسأله الخامسه:

إذا قال: «أنت کظهر أمی إن شاء زید» فقال: «شئت» وقع علی القول بدخول الشرط فی الظهار و الإشکال بعدم العلم بمشیئته فإن قوله أعم من ذلک هین بعد معلومیه إراده المشیئه التی طریقها قوله، و لو لأنها شی ء لا یعلم إلا من قبله، و کذا لو علقها علی مشیئتها أو مشیئته غیرها أو المرکب أو غیر ذلک من وجوه التعلیق، نعم لو قال المعلق علی مشیئته:

«شئت إن شاء زید» مثلا لم یقع، لعدم قبول المشیئه التعلیق.

و لو علقه علی مشیئه صبی غیر ممیز لم یعقل مشیئته للظهار المتوقف علی تعقله، أما الممیز ففی المسالک «وجهان: من سلب عبارته شرعا، و إمکان مشیئته عقلا، و قبول خبره فی نظائر ذلک» و فیه أنه لا إشکال فیه بعد فرض تحقق مشیئته، لعدم مدخلیه عبارته هنا فی صحه الظهار حتی یقال: إنها مسلوبه، بل لو علقها علی مشیئه المجنون و کان یمکن تحقق ذلک منه صح و إن جزم هو بعدمه کغیر الممیز.

و لو علقه علی مشیئتها فشائت باللفظ کارهه بالقلب وقع ظاهرا و فی وقوعه باطنا بالنسبه إلیها وجهان: من أنه تعلیق بلفظ المشیئه، و لو کان بالباطن لکان إذا علق بمشیئه زید لم یصدق زید فی حقها، من ظهور عدم الشرط و هو المشیئه عندها، و لا یخلو من نظر.

و لو قال: «إن شئت أو أبیت» فقضیه اللفظ وقوعه بأحد الأمرین، نحو «إن قمت أو قعدت» اللهم إلا أن یظهر منه إراده التنجیز.

و لو قال: إنشاء الله وقع إن قصد التبرک، و إلا لم یقع ظهار عندنا، لأنه لم یشأ المحرم، بل و عند الأشاعره، للجهل بالشرط و إن جوزوا مشیئته له، و لو عکس فقال: «إن لم یشأ الله تعالی» وقع إن کان عدلیا، للعلم بعدم مشیئته له،

و إن كان أشعريا ففى المسالک وجهان، أجودهما الوقوع مطلقا.

قلت: قد تقدم جمله من الكلام فى ذلک سابقا، و لكن نقول هنا: إن كلامهم مبنى على إراده الاختيار من المشيئه، و لذا كان محالا تعلقها عندنا و عند المعتزله بإيجاد القبيح بخلاف الأشاعره، و على أنه لا يمكن أن يقع خلاف مشيئه الله، كما عن الأشاعره على ما حكاه عنهم فى الإيضاح قال: «و جوزه المعتزله و الإماميه» قلت: و مقتضاه حينئذ أن المشيئه أمر آخر، و بالجمله هذه المسأله كلاميه و إن ذكرها الفقهاء على المتعارف منها.

[المسأله السادسه لو ظاهر من أربع بلفظ واحد كان عليه عن كل واحده كفاره]

المسأله السادسه:

لو ظاهر من أربع بلفظ واحد لا بأربع ألفاظ فإنه لا خلاف حينئذ فى تعدد الكفاره، و لكن قال: «أنتن على كظهر أمى» كان مظاهرا منهن بلا خلاف أجده، بل فى المسالک و كشف اللثام الإجماع عليه، فان فارقهن بما يرفع الكفاره من طلاق و نحوه فلا إشكال، و إن عاد إليهن أجمع فالمشهور أن عليه عن كل واحده كفاره بل عن الخلاف الإجماع عليه، لصدق الظهار عن كل واحده مع العود إليها و إن اتحدت الصيغه، و ل

حسن حفص بن البخترى (۱)عن الصادق و الكاظم عليهما السلام «فى رجل كان له عشر جوار فظاهر منهن كلهن جميعا بكلام واحد، فقال: عليه عشر كفارات»

و خبر صفوان (۲)قال: «سأل الحسين بن مهران أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل ظاهر من أربع نسوه، فقال: يكفر لكل واحده كفاره، و سألته عن رجل ظاهر من امرأته و جاريته ما عليه؟ قال: عليه لكل واحده كفاره».

خلافا لأبى على، فكفاره واحده، لاتحاد الصيغه كاليمين، و ل

خبر غياث بن إبراهيم (۳)عن الصادق عن أبيه عن على عليهم السلام «فى رجل ظاهر من أربع نسوه،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من كتاب الظهار الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴- من كتاب الظهار الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۴- من كتاب الظهار الحديث ۳.

قال: عليه كفاره واحده».

و فيه منع التلازم بين اتحاد الصيغه و تعدد الظهار الذى هو الأثر الحاصل منها لا نفسها، كما حققناه فى محله، و بذلك ظهر الفرق بينه و بين اليمين الذى لا إشكال فى أنه اسم للعباره المخصوصه اتحد متعلقها أو تعدد، و لا ينافى ذلك حكمهم باتحاد البيع الواقع على أعيان متعدده، و لذا لو ظهر عيب فى بعضها كان له فسخ العقد من أصله أو أرش المعيب، و ليس له رد المعيب نفسه خاصه، لإمكان الفرق بينهما بصحه بيع المجموع من حيث هو كذلك على وجه يكون كل واحد من الأعيان جزء المبيع، بخلاف المقام الذى لا يصح فيه ظهار المجموع كطلاقه، و من هنا اتضح لك كون الظهار بالطلاق أشبه منه باليمين، و أما

الخبر المزبور فهو فاقد شرائط الحجيه، فلا يصلح معارضا للحسن الأول المعتضد بها، و لو عاد إلى بعضهن دون بعض فعلى المختار تجب الكفاره بعدد من حصل فيها العود، و على القول الآخر تجب الواحده و لو بالعود إلى الواحده مع احتمال العدم أصلا، كما لو حلف أن لا يكلم جماعه بناء على أنه لا يلزمه الكفاره بتكليم بعضهم.

و لو ظاهر من واحده مرارا و عاد لما قال بعد كل ظهار أو لم يعد بعد كل ظهار بل عاد بعد الأخير وجبت عليه بكل مره كفاره وفاقا للأكثر، لظهور الأدله فى سببيه كل منها، و الأصل تعدد المسبب بتعدد السبب، سواء فرق الظهار عن الآخر بأن حصل التراخى بينهما أو وقع فى مجلس غير مجلس الأول أو تابعه و إن حكى عن المبسوط نفى الخلاف عن التعدد فى صوره التفريق، و سواء اتحد المشبه به أو تعدد، و سواء تخلل التكفير أو الوطء أو لا، بل سواء قصد التأكيد بالثانى و الثالث مثلا أو لا و إن حكى عن الشيخ فى المبسوط أنه نفى الخلاف عن الوحده إذا نوى التأكيد، بل ظاهر الفخر فى الإيضاح أن محل الخلاف فى غير صوره التأكيد، و يقرب منه ما فى كشف اللثام، و لكن لم نتحققه، بل لعل مقتضى إطلاق المتن و القواعد و النافع و محكى الجامع و ابن أبى عقيل و ابن زهره و ابن إدريس

عدم الفرق، و لعله لذا صرح فى محكى المختلف بعدم الفرق.

و دعوى صدق اتحاد الظهار مع نيه التأكيد لا تعدده ممنوعه، ضروره أن المؤكد غير المؤكد، و إطلاق أدله الظهار تقتضى ترتب الكفاره على مسماه مع العود، و هو متحقق فى المقصود به التأكيد، مضافا إلى إطلاق

صحيح ابن مسلم (۱)عن الباقر عليه السلام «سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر ما عليه؟ قال:

عليه مكان كل مره كفاره»

و صحيحه الآخر(۲)عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر، فقال: قال على عليه السلام: مكان كل مره كفاره»

الحديث.

و صحيح الحلبى (۳)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات، قال: يكفر ثلاث مرات»

و خبر جميل (۴)عن أبى عبد الله عليه السلام «فيمن ظاهر من امرأته خمس عشره مره، قال: عليه خمس عشر كفاره».

فما عن المبسوط-: من أنه «إن والى و نوى التأكيد أو أطلق لم يلزمه أكثر من كفاره، و إن نوى الاستئناف أو فرق تعددت، تخلل التكفير أو لا» و نحوه عن الوسيله صريحا و الخلاف مفهوما فإنه حكم بالتعدد إذا نوى الاستئناف لكن لم يفرق فيه بين التوالى و

التفريق، و لعله إليه أشار المصنف بقوله و من فقهائنا من فصل واضح الضعف لما عرفت خصوصا فى صوره الإطلاق، و إن استدل له- مضافا إلى ما سمعت- بالأصل المقطوع بما عرفت، و

خبر عبد الرحمن ابن الحجاج (۵)عن الصادق عليه السلام «فى رجل ظاهر من امرأته أربع مرات، فى مجلس واحد، قال: عليه كفاره واحده»

القاصر عن معارضه ما عرفت من وجوه، فلا بأس بطرحه أو حمله كما عن الشيخ على الاتحاد فى الجنس و إن بعد أو على إراده الظهار أربعا بلفظ واحد أو غير ذلك.

هذا و فى المسالك «أنه يظهر من قول المصنف: «و من فقهائنا» إلى آخره

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من كتاب الظهار الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۳- من كتاب الظهار الحديث ۱.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٣- من كتاب الظهار الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٣- من كتاب الظهار الحديث ٣.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١٣- من كتاب الظهار الحديث ٦.

أن منهم من فرق بين مـا لو تـابع و فرق، فحكم بالتعـدد فى الثـانى دون الأـول، و فى روايه ابن الحجاج ما يرشـد إليه، لأنه حكم بالاتحـاد مع اتحـاد المجلس، و تلك الأخبار الـداله على التعـدد مطلقه، فتحمل على اختلاف المجلس جمعا بين الأخبار، و هـذا قول موجه بالنسبه إلى دلاله الأخبار، و طريق الجمع بينها، إلا أنا لم نقف على القائل به من أصحابنا، نعم نقله الشيخ فى المبسوط عن بعضهم، و مقتضى طريقته أنه من العامه لا من أصحابنا».

و فيه أنه مع قطع النظر عن ذلك قاصـر عن تقييـد تلك المطلقات المعتضـده بالعمل و بقاعـده تعـدد المسـبب بتعـدد السـبب، و (دعوى) عـدم تعدد السـبب الذى هو الظهار و العود الذى قد تقدم كون المراد منه الإراده المتعقبه للوطء، و هو غير متكرر و إن تكرر الظهار، سواء تخلل العود بين الظهارات أو وقع آخرا، لأن المتخلل بعـد فرض الرجوع عنه بالظهار المتعقب له لم يكن تتمه السـبب، بنـاء على المختار من كون العود إراده الوطء مسـتمره إلى تمام التكفير حتى تحصل اسـتباحه الوطء، و أما الأخير فليس هو إلاـ عود واحـد (يـدفعها) أن إراده الوطء المتـأخره مع انضـمامها إلى كـل واحـد من الظهارات المتكرره تصـير سـببا تاما فى الوجوب، فيتعدد كما اعترف به فى التنقيح.

و أضـعف منه مـا عن أبى على من أنه إن اختلف المشـبه به تعـددت الكفـاره، كـأن قـال: «أنت على كظهر أمى أنت على كظهر أختى» لأنهما حرمتان انتهكهما، و إن اتحد اتحدت ما لم يتخلل التكفير، إذ هو مع منافاته لظاهر الأدله لا شاهد له.

و كيف كان ف لو وطأها قبل التكفير عن الجميع كفر عن البعض أولا وجب عليه عن كل وطء كفاره واحده لا أزيد، للأصل و غيره، و عن كل مره بقيت اخرى كما هو واضح.

[المسأله السابعه إذا أطلق الظهار حرم عليه الوطء حتی یکفر]

المسأله السابعه:

إذا أطلق الظهار حرم علیه الوطء حتی یکفر بلا خلاف معتد به و لا إشکال، لما سمعته من الکتاب (۱)و السنه(۲)و الإجماع و لو علقه بشرط کما لو قال مثلا: «أنت علی کظهر أمی إن دخلت الدار أو کلمت زیدا» جاز الوطء ما لم یحصل الشرط لعدم تحقق الظهار المشروط به، فان دخلت أو کلمت زیدا وقع بعد الدخول و التکلم، سواء طال الزمان أو قصر. و حینئذ ف لو وطأ قبله لم یکفر للأصل و غیره و لو کان الوطء هو الشرط بأن قال: «أنت علی کظهر أمی إن وطأتک» ثبت الظهار بعد فعله کغیره من الشرائط و لا تستقر الکفاره حتی یعود إلی إراده وطئها ثانیا علی الوجه الذی قدمناه سابقا.

و قیل کما عن الصدوق و الشیخ فی الفقیه و المقنع و الهدایه و النهایه:

تجب الکفاره بنفس الوطء (۱۱) و إن کان ابتداؤه جائزا، لأن الاستمرار وطء ثان، و إنما المباح مسماه، فیجب حینئذ بما زاد علی مسماه بالنزع أو غیره، و هو بعید (۱۲) ضروره أن الوطء أمر واحد عرفا من ابتدائه إلی النزع، و الإطلاق محمول علی العرف، و المشروط إنما یقع بعد وقوع الشرط لا قبله، و استدامه الإفعال لیس أفعالا مستقله کاستمرار القیام و الجلوس مثلا، نعم لو نزع کاملا ثم عاد وجبت الکفاره و إن کان فی حاله واحده، لصدق تعدد الوطء حینئذ، کما هو واضح.

بل فی کشف اللثام «و عندی أن شیئا من عبارات تلک الکتب لیس نصا فی ذلک، ففی الفقیه: و الظهار علی وجهین: أحدهما أن یقول الرجل لامرأته: هی

۱- ۱ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار.

كظهر امه و يسكت، فعليه الكفاره من قبل أن يجامع، فان جامع من قبل أن يكفر لزمته كفاره أخرى، و إن قال: هى عليه كظهر امه إن فعل كذا و كذا فليس عليه شى ء حتى يفعل ذلك الشى ء و يجامع، فتلزمه الكفاره إذا فعل ما حلف عليه، و نحوه ما فى المقنع و الهدايه و فى النهايه: ثم إنه ينقسم قسمين: قسم منه يجب فيه الكفاره قبل المواقعه، و الثانى لا تجب فيه الكفاره إلا بعد المواقعه، فالقسم الأول هو أنه إذا تلفظ بالظهار على ما قدمناه، و لا يعلقه على شرط، فإنه تجب عليه الكفاره قبل مواقعتها، فان واقعها قبل أن يكفر كان عليه كفاره أخرى، و الضرب الثانى لا تجب فيه الكفاره إلا بعد أن يفعل ما شرط أنه لا يفعله أو يواقعها، فمتى واقعها كانت عليه كفاره واحده، فان كفر قبل أن يواقع ثم واقع لم يجزه ذلك عن الكفاره الواجبه بعد المواقعه، و كان عليه إعادتها، و متى فعل ما ذكر أنه لا يفعله وجبت عليه الكفاره أيضا قبل المواقعه، فإن واقعها بعد ذلك كان عليه كفاره أخرى- قال-: و الظاهر أن معنى هذه العبارات أن عليه الكفاره بعد المواقعه إذا عاد لما قاله، فارتفع الخلاف من البين». قلت: و على تقديره فلا ريب فى ضعفه.

و لو علقه بنفى فعل كقوله: «إن لم تدخلى الدار» لم يقع إلا عند اليأس من الدخول بموت أحدهما قبله، فيحكم بوقوعه قبل الموت، و نحوه لو قال: «أنت على كظهر أمى إن لم أتزوج عليك» فإنه يصير مظاهرا عند اليأس بالموت، و لكن لا كفاره عليه، لعدم العود بعده، لأن الموت عقيب صيرورته مظاهرا.

نعم لو علق النفى بإذا بأن قال: «إذا لم تدخلى» ففى المسالك «وقع عند مضى زمان يمكن فيه إيقاع ذلك الفعل من وقت التعليق فلم يفعل و الفرق بين الأداتين أن «إن» حرف شرط لا إشعار له بالزمان، و «إذا» ظرف زمان كمتى فى التناول للأوقات، فإذا قيل له: «متى ألقاك» صح أن يقول له: «متى شئت» أو «إذا شئت» و لا يصح «إن شئت» فقوله: «إن لم تدخلى الدار» معناه «أى

وقت فاتک دخولها»(۱)و فواته بالموت، و قوله: «إذا لم تـدخلی الدار» معناه «أی وقت فاتک الدخول» فیقع الظهار بمضـی زمان یمکن فیه الـدخول به، و یحتمـل وقوعه فی الموضـعین بمضـی زمان یمکن فیه الفعل، لـدلاله العرف علیه، و یقوی الاحتمال مع انضباطه، و فی معنی «إذا» «متی» و «أی وقت».».

قلت: قد یقال: إن المحتمل مساواه «إذا» لأن فی العرف الان فی هذا الترکیب، فإنه لم یرد منها إلا معنی الشـرطیه الحاصـله بأن لا العکس، و فرق واضـح فیه بینهـا و بین «متی» و «أی وقت» کمـا لا یخفی بـأدنی التفات، و الأمر سـهل بعـد أن کان المـدار علی المفهوم عرفا منه.

و لو علقه بالحمـل فقـال: «أنت علی کظهر أمی إن کنت حاملا» فإن کان بها حمل ظاهر وقع فی الحال، و إلا ففی المسالک «إن ولدت لأقل من سـته أشـهر من التعلیق بان وقوعه حین التعلیق، لوجود الحمل حینئذ، و إن ولدت لأکثر من أقصی مده الحمل أو بینهما و وطئت بعد التعلیق و أمکن حدوثه به بأن کان بین الوضع و الوطء سـته أشهر فأکثر لم یقع، لتبین انتفاء الحمل فی الأول، و احتمال حدوثه بعد التعلیق فی الثانی، و إن لم یطأها بعد التعلیق بحیث یمکن حدوثه به ففی وقوعه وجهان: من احتمال حدوثه بغیر الوطء کاستدخال المنی، و الأصل عدم تقدمه، و من أن ذلک نادر، و الظاهر وجوده عند التعلیق، و هذا هو الأقوی».

قلت: قد یقال: إن المدار علی الحمل عرفا، و لا یتحقق صدقه بالولاده لدون السته أشهر التی بها ینکشف استعداد النطفه للانعقاد الذی هو منشأ الحمل، کما قدمنا ذلک سابقا.

کمـا أنه قـد یقال بعـدم تحقق الحمل عرفا عنـد التعلیق بالولاده بین الأدنی و الأقصـی و إن لم یحصل وطء من الزوج، إذ الوطء حال النوم و غیره محتمل،

۱- ۱ هکذا فی النسختین المخطوطتین المبیضه و المسوده، و فی المسالک «ان فاتک دخولها» و هو الصحیح.

و الأصول متعارضه، فلا يقين بإحراز صدق الحمل حال التعليق، و نفيها شرعا بالنسبه إلى إلحاق الولد و نحوه لا يقتضى نفيها بالنظر إلى صدق النسب العرفيه، و الظهور الذى ذكره أقصاه الظن، و هو لا يجدى فى تحقيق النسب إذا كانت عنوانا لحكم شرعى كما هو واضح.

و لو قال: «إن ولدت أنثى» فولدتها وقع حين تحقق الولاده، و لو قال:

«إن كنت حاملا بها» تبين بولادتها وقوعه حين التعلق و إن توقف ظهوره على الولاده، و تظهر الفائده، فى احتساب المده من حينه لو كان قد وقته بمده و فى غير ذلك.

و لو علقه بالحيض فقال: «إن حضت حيضه» لم يقع حتى تنقضى أيام حيضها، و لو قال: «إن حضت» و اقتصر ففى المسالك «وقع إذا رأت دما محكوما بكونه حيضا إن كانت معتاده، فلو رأته فى عادتها وقع برؤيه الدم، و إلا فبمضى ثلاثه أيام، و على القول بحيضها برؤيه الدم مطلقا أو مع ظنه يقع كذلك، و يحتمل توقفه على ثلاثه مطلقا، إذ به يتحقق أنه ليس بدم فساد، و الفرق بينه و بين العباده و التحريم أن الظهار لا يقع إلا بيقين، و أحكام الحيض يثبت بالظاهر».

قلت: إذا كان المدار فى الظهار على ذلك لم تجد الثلاثه و لا الرؤيه فى زمن العاده، ضروره عدم حصول اليقين بذلك، و إن جرى عليه حكم الحيض بالنسبه إلى الأحكام الشرعيه التى مرجعها إلى الموضوع الشرعى بخلاف التعليق العرفى المراد به الموضوع الواقعى، كما اعترف به. نعم قد يقال: إن المنصرف من نحو ذلك إراده التعليق على الموضوع الشرعى، و حينئذ يتجه الاجتزاء به مطلقا.

و لو قال لها ذلك و هى حائض لم يقع إلا بحيضه مستأنفه، و فى المسالك «و متى قالت: حضت فالقول قولها، بخلاف ما لو علقه على دخول الدار فقالت: دخلتها، فإنها تحتاج إلى البينه، و الفرق عسر إقامه البينه على الحيض، و غايه عسرها مشاهده الدم، و ذلك لا يعرف إذا لم يعرف عادتها و أدوارها، فلعله دم فساد، فاكتفى

الشارع فيه بقولها، و قـد تقـدم فى كتاب الطلاق ما يدل عليه من النص (۱)و مثله لو قال: «إن أضـمرت بغضى» فقالت «أضمرت» فالقول قولها لعسر الاطلاع، بخلاف الأفعال الظاهره، كدخول الدار، لسهوله إقامه البينه عليها».

قلت: قـد يقـال: إنه لا مـدخليه للعسـر هنا، إذ أقصاه عـدم ثبوت الظهار، و اكتفاء الشارع بقولها فى ذلك بالنسـبه إلى ما رتبه من الأحكام لا يقتضى الاكتفاء به فى مثل المقام، نعم إن كان قصد المظاهر ذلك اتجه الاكتفاء به و إلا فلا، كما هو واضح.

لو تعدد الشرط بأن قال: «إن دخلت أو كلمت» مثلا وقع بأى واحد منهما، ثم لا يقع بالاخر شى ء، لأنهما ظهار واحد، نعم لو قال: «إن دخلت دار فلان فأنت على كظهر أمى و إن كلمت زيدا فأنت على كظهر أمى» و وجد الشرطان وقع الظهاران، و لو قال: «إن دخلت الـدار و كلمت زيدا» فلا بد من وجودهما معا لوقوعه، من غير فرق بين تقدم الكلام على الدخول و بالعكس بناء على أن الواو لمطلق الجمع كمـا هو الأصـح، أمـا على الترتيب فيعتبر تقـديم الـدخول على لكلام، لأنه يكون كما لو قال: «إن دخلت ثم كلمته» كما هو واضح.

و لـو قـال: «أنـت على كظهر أمى إن دخلت الـدار إن كلمت زيـدا» ففى المسالـك «لاـ بـد منهمـا فى وقـوعه، و يشـترط تقـديم المذكور أخيرا- و هو الكلام- على المذكور أولا و هو الدخول، لأنه جعل الكلام شـرطا لتعليق الظهار بالدخول، و يسمى ذلك اعتراض الشـرط على الشـرط و التعليق يقبـل التعليق كما أن التنجيز يقبله، نظير قوله تعالى (۲)«وَ لا يَنْفَعُكُمْ نُصْحِي إِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَنْصَحَ لَكُمْ إِنْ كانَ اللَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُغْوِيَكُمْ» المعنى: إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحى إن أردت أن أنصح لكم».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۴- من أبواب العدد الحديث ۱ من كتاب الطلاق.

۲- ۲ سوره هود عليه السلام: ۱۱- الآيه ۳۴.

قلت: قد يقال: إن المفهوم منه عرفا التعليق على الدخول و الكلام مطلقا كما عن بعض، فلا يشترط الترتيب بينهما حينئذ، و يقع الظهار بحصولهما كيف اتفق، لأنه ذكر صفتين من غير عاطف، فلا وجه لاعتبار غير الدخول، أو يقال: إن المفهوم منه عرفا التعليق على الدخول و الكلام حاله، و على كل حال هو غير ما ذكره.

و لو علقه على مخالفتها الأمر فقال: «إن خالفت أمرى» ثم قال لها:

«لا تكلمى زيدا» مثلا فكلمته ففى المسالك «لم يقع الظهار، لأنها ما خالفت أمره، و إنما خالفت نهيه، و يحتمل الوقوع نظرا إلى أنه يسمى فى العرف مخالفه أمره، و يقوى ذلك إن استقر العرف عليه، و إلا فالعبره بالمعنى المصطلح عليه».

قلت: قد ذكروا أن للفظ الأمر معانى متعدده، منها القول، فمع قيام القرينه على واحد منها يكون هو المتبع، و إلا كان المرجع العرف لا الاصطلاح الخاص، إلا أن يكون المظاهر من أهله و قصد بالأمر الاصطلاح المزبور.

و لو علقه على مخالفه النهى ثم قال لها: «قومى» فقعدت ففى المسالك «فى وقوعه أوجه مبنيه على أن الأمر بالشى ء هل هو نهى عن ضده مطلقا أو ضده العام أو ليس نهيا عنهما؟ فعلى الأول يقع الظهار بفعلها ما يخالف أمره دون الأخيرين، هذا كله إذا لم يدل العرف على شى ء، و إلا عمل بمقتضاه مقدما على القاعده الأصوليه، لأن التعليقات تحمل على الأمور العرفيه لا على القواعد الأصوليه، هذا إن انضبط العرف، و إلا رجع إلى الاصطلاح».

و فيه ما عرفت من أنه مع فرض عدم دلاله العرف يتجه الحكم بعدم الوقوع لا الرجوع إلى الاصطلاح إلا على الوجه المزبور، على أنه كما أن الأمر بالشى ء نهى عن ضده فكذا النهى عن الشى ء أمر بضده، فكان عليه بناء المسأله الأولى على ذلك أيضا، و الجميع كما ترى.

و لو علقه بقـذفها زيـدا مثلا وقع بقـذفها له حيا و ميتا، لأن قـذف الميت كقذف الحى فى الصدق سواء، بخلاف ما لو علقه على تكليمهـا له، فـإنه لاـ يقع إلا أن يسـمع كلامها، كما اعترف به فى المسالك، لكن قال: «و لو منع من السـماع لعارض كـذهول و صمم فوجهان» و فيه أن المتجه عدم اعتباره حينئذ.

و لو علقه بالضرب ففى المسالك أيضا «لم يقع بضربه ميتا» و فيه منع، و على كل حال فلا يشترط إيلامه به، للصدق عرفا بدونه.

و لو قال: «إن قذفته فى المسجد» اعتبر كونها فى المسجد دونه، و إن قال:

«إن ضـربته فى المسـجد» ففى المسالك اعتبر كون المضـروب فيه، قال: «و الفرق أن قرينه الحال تشعر بأن المقصود الامتناع عما يهتك حرمه المساجد، و هتك الحرمه تكون بالقذف فيه و الضرب فيه».

قلت: قـد يقـال: إن المـدار على صـدق اللفـظ من حيث نفسه، و إلاـ فـالقرائن لاـ ضـبط لها، و هو يصـدق على ضـربها و هى فى المسجد و إن كان المضروب خارجا.

و لو علقه برؤيه زيد مثلا وقع برؤيتها له حيا و ميتا مستيقظا و نائما، و يكفى رؤيه شـى ء من بدنه و إن قل، و لو كان كله مسـتورا لم يقـع، و لاـ يكفى رؤيته فى المنـام قطعـا، نعم لو رأته فى مـاء صـاف لاـ يمنع الرؤيه أو من وراء جسم شـفاف كالزجـاج وقع، لصـدقها و إن تخلـل المـاء مثلاـ لكنه كتخلل أجزاء الهواء، و لـذا لا تصـح صـلاه المتستر به، و لو رأته بالمرآه مثلا أو بانعكاسـه بالماء فوجهان: من حصول الرؤيه فى الجمله، و كون المرئى مثاله لا شـخصه، و هو الأصـح. و لو حـدث فى المرأه العمى لم يقع قطعا و إن حضر عندها، بل لعله كذلك لو علق الظهار عليه و هى عمياء إلا أن يراد بالرؤيه حينئذ الحضور.

و لو علقه بالمس وقع إذا مست شـيئا من بـدنه حيا كان أم ميتا، نعم فى المسالك «و يشترط كون الممسوس مما تحله الحياه، فلا يقع بمس الشعر و الظفر، إذ لا يقال لمن مسها من إنسان: أنه مسه، مع احتماله، و فى اعتبار كون مسها

بباطن کفها أو یعم سائر بدنها وجهان: أجودهما الثانی، و الوجهان آتیان فی مس المحدث للقرآن، نعم یشترط کونه بما تحله الحیاه من بدنها کما یشترط ذلک فی الممسوس، و مثله یأتی فی مس المیت علی الوجه الذی یوجب الغسل».

قلت: قد ذکرنا فی ذلک المبحث ما یعلم منه ما فی کلامه هنا، فلاحظ و تأمل.

و لو قلنا بوقوعه موقتا فقال: «فی شهر کذا» وقع أول جزء من لیله هلاله، و لو قال: «فی نهار شهر کذا» أو «فی أول یوم منه» وقع عند طلوع الفجر من أول أیامه، و کذا لو قال: «فی یوم کذا» و لو قال: «فی آخر الشهر» وقع فی آخر جزء منه، لا أول جزء من لیله السادس عشر، لأن النصف الثانی کله آخر الشهر، و لا فی أول الیوم الآخر منه، و لو قال: «عند انتصافه» ففی المسالک «وقع عند غروب الشمس من الیوم الخامس عشر، لأنه مسمی النصف، و لهذا یقال:

لیله النصف من شعبان مثلا» و فیه منع مع فرض هلاله ناقصا، اللهم إلا أن یعد ذلک نصفا عرفا.

ثم لا یخفی علیک أن الأمر المعلق علیه إن فعله فاعله عمدا أو کان الغرض مجرد التعلیق علیه- کقدوم الحاج أو السلطان و نحوهما- وقع الظهار عند حصول شرطه مطلقا، أما لو کان الغرض منه المنع، کما لو قال: «إن دخلت دار فلان أو کلمته» فدخلته أو کلمته جاهله بالتعلیق أو ناسیه أو مجنونه أو مکرهه أو علق هو ذلک علی فعله قاصدا منع نفسه منه ففی المسالک «فی وقوعه وجهان: وجود المعلق به، و لیس النسیان و نحوه دافعا للوقوع، و من عموم

قوله صلی الله علیه و آله (۱): «إن الله تعالی وضع عن أمتی الخطأ و النسیان و ما استکرهوا علیه»

و المراد رفع المؤاخذه أو رفع الأحکام، و التفصیل متوجه نظرا إلی القصد».

قلت: لا یخفی علیک ما فی الذی جعله وجها للثانی، کما لا یخفی علیک أن المدار علی صدق ما علق علیه الظهار.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من کتاب الایمان الحدیث ۵.

[المسأله الثامنه يحرم الوطء على المظاهر ما لم يكفر]

المسأله الثامنه:

يحرم الوطء على المظاهر إذا عاد ما لم يكفر سواء كفر بالعتق أو الصيام أو الإطعام بلا خلاف معتد به أجده، بل هو فيمن فرضه الأولان موضع وفاق بين المسلمين، و النصوص (۱)من الطرفين وافيه، مضافا إلى الكتاب (۲)بل هو كذلك أيضا فى الثالث، خلافا للإسكافى منا، و قد عرفت ضعفه و ضعف دليله فيما تقدم.

و لو وطأها خلال الصوم الذى هو الكفاره استأنف وفاقا للمحكى عن الشيخ بل فى المسالك نسبته إلى الأكثر، سواء صام من الشهر الثانى يوما أو لا، و سواء كان ذلك فى ليل أو نهار، للنص كتابا(۳)و سنه(۴)على وجوب تقديم صيام الشهرين على المسيس، و لما عرفت من وجوب كفارتين عليه إذا وطأ قبل التكفير، و لا ريب فى صدقه فى الفرض، لكون الكفاره اسما للمجموع، فيلزمه حينئذ كفارتان تامتان، و الأصل عدم وجوبهما مع إيجاب إتمام ما تخلله الوطء، بل و لا قال به أحد.

و قال شاذ منا و هو ابنا إدريس و سعيد على ما حكى عنهما لا يبطل التتابع لو وطأ ليلا لأنه عباره عن اتباع صوم اللاحق للسابق من غير فارق، و هو متحقق إن وطأ ليلا، فيصدق صيام شهرين متتابعين فى الفرض، و غايه ما يستفاد من الآيه(۵)وجوب تقديم الصوم المتتابع على الوطء، فيأثم حينئذ بالوطء خلاله،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۵- من كتاب الظهار و سنن البيهقى ج ۷ ص ۳۸۶.

۲- ۲ سوره المجادله: ۵۸- الآيه ۳.

۳- ۳ سوره المجادله: ۵۸- الآيه ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۵- من كتاب الظهار.

۵- ۵ سوره المجادله: ۵۸- الآيه ۳.

و لا دلیل علی الاستئناف، بل الأصل و غیره یقتضی عدمه، علی أن الاستئناف لا یجدیه شیئا، فإنه لا یصدق علی المستأنف أنه کفر قبل الوطء، بل الإکمال أولی، لأن بعض الشهرین قد حصل قبل التماس، کما أن وجوب الکفارتین علیه لا یقتضی الاستئناف أیضا، إذ یمکن أن یکون أحدهما ما تخلله الوطء، و اختاره فی المسالک لما عرفت، و لأنه لو وقع قبل الشروع یجتزئ بالصوم بعده مع عدم صدق الإتیان به قبل التماس فکذا الفرض.

و لعله لذا قال فی القواعد: «الأقرب أن الوطء إن وقع لیلا وجب الإتمام مطلقا و التکفیر ثانیا، و کذا إن وقع نهارا بعد أن صام من الثانی شیئا، و إن کان قبله استأنف و کفر ثانیا» و حاصله ملاحظه تتابع الشهرین المعتبر فی الکفاره و عدمه.

قلت: لا ریب فی کون المراد هنا بالتتابع أمرا زائدا علی المعتبر فی الکفاره، و هو کون الشهرین معا یقعان قبل التماس، فمع فرض حصول الوطء فی أثنائهما و لو لیلا بعد حصول تتابع الکفاره لم یحصل الامتثال.

و الأصل فی النزاع عباره الشیخ فی المبسوط و الخلاف، حیث عبر فی المحکی منهما عن المعنی المزبور ببطلان التتابع، فیبطل ما تقدم من الصوم و یستأنف الشهرین، فاعترض علیه ابن إدریس بأنه لا یبطل التتابع بذلک، لأنه عباره عن اتباع صوم یوم لا حق بصوم یوم سابق من غیر فارق، و هذا متحقق مع الوطء لیلا، و لا یستأنف الکفاره لأنه لا یبطل من الصوم شی ء، فلا یجب علیه الاستئناف، بل یتم صومه و علیه کفاره أخری للوطء، و إن کان الوطء نهارا من غیر عذر قبل أن یصوم من الشهر الثانی شیئا وجب علیه الاستئناف للکفاره التی یوجبها الظهار و کفاره أخری للوطء عقوبه، و کان مراد ابن إدریس أنه لا دلیل علی اعتبار أزید من التتابع المعتبر فی الکفاره فی الصحه و الفساد، نعم یجب شرعا کتابا(۱)و سنه(۲)کونها قبل التماس،

۱- ۱ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار.

و ذلک لا یقتضی أزید من الإثم، لا البطلان الذی لا یمکن تلافیه بالاستئناف الذی هو واقع أیضا بعد التماس، و فرض تماس آخر مع أنه غیر محل البحث یمکن فرض عدمه بموت المرأه مثلا و طلاقها، و لیس فی أدله(۱)تعدد الکفاره بالوطء قبل التکفیر إلا وجوب کفاره أخری غیر کفاره الظهار به علی وجه لا ینافی الاجتزاء بما وقع منها للظهار، کما لا یخفی علی من لاحظها.

و لعله لذا وافقه الفاضل و الشهیدان مؤیدا ذلک بأصاله صحه ما وقع، و بما عرفته من أنه لو اعتبر القبلیه شرطا لم تجب الکفاره للظهار مع فرض الوطء قبل الشروع فی التکفیر، ضروره عدم التمکن حینئذ من الإتیان بالمأمور به علی وجهه، مع أنه لا خلاف فی وجوبها بل و لا إشکال، و لیس ذلک إلا لأن القبلیه المزبوره واجبه تعبدا لا شرطا، و لعله لذا وافقه علیه الفاضل و الشهیدان فی الدروس و المسالک.

لکن الانصاف عدم خلو المسأله بعد عن الإشکال، ضروره عدم إمکان إنکار ظهور الآیه(۲)و ما شابهها من الروایه(۳)فی توقف صدق امتثال الأمر المزبور علی القبلیه المذکوره کما فی سائر القیود التی تذکر فی المأمور به، و کان مقتضی ذلک تعذر المأمور به مع فرض الوطء قبله، و یتبعه حرمه الوطء علیه أبدا، بل یلزم بالطلاق مع مطالبه المرأه إلا أن الأدله المعتضده بالفتوی قد صرحت بإجزاء الکفاره عن الظهار عنه فی هذا الحال، و هو لا یقتضی الاجتزاء بالکفاره التی تخللها الوطء، و دعوی الأولویه ممنوعه علی مدعیها، بل المتجه بقاؤها علی اقتضاء اشتراط القبلیه عدم الاعتداد بها، و لیس ذلک لکون الاستئناف محصلا للمأمور به کی یتجه ما أورده الخصم من أن الاستیناف أیضا لا یحصل معه المأمور به، لکون الفرض

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار.

۲- ۲ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار.

حصول التماس، بل لأن به يقين البراءه إما للإجماع، أو لأنه كمن وطأ قبل أن يشرع فى التكفير، أو للقطع بعدم الزياده عليه.

بل قد ينقدح من ذلک طريق آخر لإثبات المطلوب، و هو انحصار الأمر فى الاستئناف، و ذلک لفساد امتثال الأمر بالفعل قبل التماس بالمس فى أثنائه، فلم يبق إلا الأمر بالتكفير لمن وطأ قبل أن يكفر، و ليس هو إلا ابتداء تكفير لا إتمامه.

بل قد يقال باقتضاء قاعده الشغل ذلک أيضا، للقطع بعدم سقوط التكليف عنه، و لكن لم يعلم المكلف به هل هو الإتمام أو الاستئناف، فيجب الأخير مقدمه للبراءه اليقينيه بعد القطع بعدم وجوبهما معا عليه، بل لا محيص عنها مع فرض تصادم الأدله أو خلوها عما يرجح به أحد القولين، و لعله لذا كان خيره فخر المحققين الاستئناف حاكيا له عن والده فى المختلف و التحرير.

بل فى المتن بعد قوله: «و قال شاذ منا» إلى آخره و هو غلط معرضا به بابن إدريس و كأنه ظن أن ابن إدريس لم يفهم المراد بالتتابع فى كلام الشيخ، لكن الإنصاف أن المسأله فى غايه الغموض، و لا يستأهل القائل بالإتمام الحكم بغلطيته، بل هو قول قوى و نظر حسن، كما عرفت ذلک كله.

بل قد عرفت اختيار جمله من الأساطين له كالفاضل و الشهيدين و الكركى، و لعله لذا قال الأخير فى حاشيته على الكتاب: «و الحق أن ما غلطه به المصنف من التغليط و نسبه إلى الشذوذ توغل فى الخشونه و خروج عن الانصاف» قلت: و يمكن أن يكون قد تنبه المصنف لذلک فيما بعد فضرب على هذا، و لكن قد تكثر النسخ فإنه يحكى عن جمله منها خلوها عن ذلک.

و من التأمل فيما ذكرنا ظهر لک الوجه فيما ذكره الفاضل فى القواعد، فإنه بعد أن حكى القولين فى المسأله قال: «و هل يكفى الاستئناف عن كفاره الوطء قبل إكمال التكفير إشكال» إذ هو ليس إلا من جهه حصول الوطء فى الأثناء، فلا يدخل

فیما دل (۱)علی إیجابه الکفاره زیاده علی کفاره الظهار، لظهوره فیمن وطأ قبل أن یشرع فی التکفیر، لکن قد عرفت أنه بإفساده الکفاره التی وقع فی أثنائها صار کالوطء قبل التکفیر، و لعله لذا و غیره لم أجد خلافا فی إیجابه الکفاره أیضا حتی من الفاضل فی غیر المقام.

و بالجمله فالمسأله غیر منقحه فی کلامهم، و تحقیقها ما سمعت، و الحمد لله، و لا یصعب علیک الالتزام بفساد الصوم بالوطء لیلا، إذ هو لیس من حیث کونه مفطرا، بل هو من حیث فوات شرط الکفاره کما هو واضح، بل لعل مثله یجری فی الإطعام أیضا و إن لم یذکروه.

و هل یحرم علیه أی المظاهر بظهاره ما دون الوطء کالقبله و الملامسه؟ قیل و القائل الشیخ و جماعه علی ما قیل نعم، لأنه مماسه لغه، و الأصل عدم النقل و الاشتراک، و لأنه مقتضی تشبیهها بالأم التی یحرم فیها غیر الوطء من الاستمتاع بها، و اختاره فی القواعد، بل ظاهرها تحریم مطلق الاستمتاع حتی النظر المحکی عن ظاهر بعض الأصحاب التصریح بحلیته.

و علی کل حال ففی أصل تحریم غیر الوطء من اللمس بشهوه و نحو ه علیه إشکال ینشأ من اختلاف التفسیر للمماسه فی الآیه الشریفه(۲)المتعارف الکنایه بها عن الوطء فی غیر المقام، فیحصل الظن بإرادته منها هنا و إن کان المسیس أعم من ذلک لغه، بل فی حاشیه الکرکی أنها کنایه مشهوره عنه، و یعضده التفسیر فیحمل علیه، بل عن ابن إدریس الاتفاق علی إرادته منه هنا.

یؤیده أنه المنساق من نصوص الباب (۳)خصوصا ما جاء فی العود المفسر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار الحدیث ۶.

۲- ۲ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار.

فیها بإراده الوطء(۱)و خصوص ما تسمعه من صحیح أبی بصیر(۲)فی المسأله الآتیه و لا أقل من الشک، و الأصل الحل، و التشبیه بالأم یمکن کون المراد منه حرمه الوطء المستفاد من قوله تعالی (۳)«حُرِّمَتْ عَلَیْکُمْ أُمَّهاتُکُمْ» خصوصا بعد أن لم تخرج المرأه عن ملک الاستمتاع بها، فیمکن أن یکون مفاد الظهار حینئذ حرمه وطئها کالحیض و الصوم و إن کان فی الشرع أحوال للمرأه بالنسبه إلی الاستمتاع بها الذی قد یحرم علی الزوج، کالمحرمه و المعتکفه، لکن لا ریب فی أن الأصل الحل حتی یثبت ما یقتضی التحریم علی العموم، کما هو واضح.

[المسأله التاسعه إذا عجز المظاهر عن خصال الکفاره عدا الاستغفار قیل یجزؤه]

المسأله التاسعه:

إذا عجز المظاهر عن خصال الکفاره أو ما یقوم مقامها إن قلنا به کما ستسمع التحقیق فیه فی محله إنشاء الله عدا الاستغفار قیل و القائل الشیخ و جماعه، بل نسبه غیر واحد إلی الأکثر یحرم علیه الوطء حتی یکفر للأصل بعد إطلاق الأدله کتابا(۴)و سنه(۵)حرمه الوطء قبل التکفیر، بل أمره صلی الله علیه و آله لسلمه بن صخر(۶)بالأخذ من صدقه قومه و التکفیر منها کالصریح فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من کتاب الظهار الحدیث ۴ و ۸ و ۱۰ و الباب- ۱۵- منه الحدیث ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الکفارات الحدیث ۱ من کتاب الإیلاء و الکفارات.

۳- ۳ سوره النساء: ۴- الآیه ۲۳.

۴- ۴ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۵- من کتاب الظهار.

۶- ۶ المستدرک الباب- ۱- من کتاب الظهار الحدیث ۴.

عدم إجزاء الاستغفار و إلا لأمره به.

مضافا إلى

صحيح أبى بصير(۱)عن الصادق عليه السلام «كل من عجز عن الكفاره التى تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقه فى يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفاره فالاستغفار له كفاره ما خلا يمين الظهار، فإنه إذا لم يجد ما يكفر به حرمت عليه أن يجامعها، و فرق بينهما إلا أن ترضى المرأه أن يكون معها و لا يجامعها»

و خبر أبى الجارود(۲)قال: «سأل أبو الورد أبا جعفر عليه السلام و أنا عنده عن رجل قال لامرأته أنت على كظهر أمى مأه مره، فقال أبو جعفر عليه السلام: يطيق بكل مره عتق نسمه؟ قال: لا قال: يطيق إطعام ستين مسكينا مأه مره؟ قال: لا، قال: فيطيق صيام شهرين متتابعين مأه مره قال: لا، قال: يفرق بينهما».

و قيل و القائل ابن إدريس و تبعه المصنف فى النافع و الفاضل فى محكى المختلف يجزؤه الاستغفار، و هو أكثر و إن كنا لم نتحققه، لأن الأصل براءه الذمه من الحرمه فى الحال المزبور الذى إيجاب الكفاره معه تكليف بغير المقدور، بل فى حرمه الوطء عليه مع أصاله عدم وجوب الطلاق عليه من الحرج ما لا يخفى، و ل

موثق إسحاق بن عمار(۳)عن الصادق عليه السلام «إن الظهار إذا عجز صاحبه عن الكفاره فليستغفر ربه، و لينو أن لا يعود قبل أن يواقع، ثم ليواقع، و قد أجزء ذلك عنه من الكفاره، فإذا و جد السبيل إلى ما يكفر به يوما من الأيام فليكفر، و إن تصدق بكفه فأطعم نفسه و عياله فإنه يجزؤه إذا كان محتاجا، و إلا يجد ذلك فليستغفر الله ربه، و ينوى أن لا يعود، فحسبه بذلك و الله كفاره»

و خبر داود بن فرقد(۴)«الاستغفار توبه و كفاره لكل من لم يجد السبيل إلى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الكفارات الحديث ۱ من كتاب الإيلاء و الكفارات.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الكفارات الحديث ۲ من كتاب الإيلاء و الكفارات.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الكفارات الحديث ۴ من كتاب الإيلاء و الكفارات.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الكفارات الحديث- ۳- من كتاب الإيلاء و الكفارات.

شی ء من الکفاره».

و فیه أن الأخیر مقید بالصحیح (۱)السابق، کما أن الأصل مقطوع بظاهر الأدله المقتضی حرمه الوطء علی المظاهر حتی یکفر، و لا تکلیف بالکفاره مع العجز عنها حتی یقال إنه تکلیف بغیر المقدور، بل أقصاه الامتناع عن الوطء، و فرض ذلک فی خصوص ما لو وجب الوطء علیه- لکون المظاهره زوجه و قد مضی لها أربعه أشهر- یدفعه منع التکلیف له بالوطء باعتبار توقفه علی التکفیر المفروض تعذره، فهو حینئذ غیر مقدور، فلا تکلیف به.

بل فی الریاض علی تقدیر التنزل عن ظهور المنع نقول: لا- أقل من احتماله، و عدم القدره علی الکفاره کما یمکن صیرورته قرینه للاجتزاء بالاستغفار کذا یمکن خروجه شاهدا علی عدم التکلیف بذی المقدمه، و ترجیح الأول علی الثانی موقوف علی دلاله هی فی المقام مفقوده.

هذا مع عدم جریان ذلک فی التی لم یجب علی المظاهر وطؤها کالأمه و المتمتع بها علی القول بوقوع مظاهرتهما، کما هو مذهب الخصم و الأشهر الأقوی کما مضی، فالدلیل أخص من المدعی و إن کان قد یناقش بإمکان دفع الأخیر بعدم القول بالفصل، بل و الأول بإمکان ترجیح الأول بأنه حق لغیره، و هو المرأه، فالمتجه حینئذ القول بإلزامه بالطلاق حینئذ إلا أن ترضی المرأه حینئذ بعدم الجماع، کما أشار إلیه فی الصحیح (۲)المتقدم سابقا.

و أما الموثق فهو- مع الاضطراب فی متنه بالنسبه إلی وجوب التکفیر بعد ذلک إذا تمکن و عدمه- قاصر عن معارضه الصحیح المزبور المعتضد بفتوی الأکثر و إطلاق الأدله الذی یمکن الاستدلال به مع فرض تعارض الخبرین و سقوطهما،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الکفارات الحدیث ۱ من کتاب الإیلاء و الکفارات.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الکفارات الحدیث ۱ من کتاب الإیلاء و الکفارات.

و دعوی معارضه الإطلاق المزبور بإطلاق ما دل علی أن الاستغفار کفاره العاجز کما سمعته فی خبر داود بن فرقد(۱)کما تری، ضروره قصوره عن تلک الإطلاقات کتابا(۲)و سنه(۳)کما هو واضح.

هذا و فی المسالک «و اعلم أن المراد بالاستغفار فی هذا الباب و نظائره أن یقول: أستغفر الله مقترنا بالتوبه التی هی الندم علی فعل الذنب و العزم علی ترک المعاوده إلی الذنب أبدا، و لا یکفی اللفظ المجرد عن ذلک، و إنما جعله الله کاشفا عما فی القلب، کما جعل الإسلام باللفظ کاشفا عن القلب، و اللفظ کاف فی البدلیه ظاهرا، و أما فیما بینه و بین الله تعالی فان لم یقترن بالتوبه التی هی من الأمور الباطنه لم یترتب علیه أثر فیما بینه و بین الله تعالی، بل کان الوطء معه کالوطء قبل التکفیر، فیجب علیه به کفاره أخری فی نفس الأمر و إن لم یحکم علیه بها ظاهرا».

قلت: قد یقال: إن الاستغفار هو طلب المغفره من الله تعالی، و لیست التوبه من مقوماته، نعم ظاهر الموثق (۴)المزبور اعتبارها معه، لکن الفتاوی مطلقه، و دعوی الاجتزاء بذکره عنها لأن المراد به القول المزبور مقترنا بها ممنوعه، و علی تقدیره فدعوی جعل الشارع له کاشفا عن ذلک کالإسلام ممنوعه أیضا، لعدم الدلیل، و إلا لاجتزء به فی کل مقام اعتبرت التوبه فیه، بل الأصح عدم الاجتزاء فی الحکم بها بإظهاره فضلا عنه ما لم تدل القرائن علی صدقه فی ذلک، کما حررنا ذلک فی غیر المقام ردا علی المحکی عن الشیخ من الاجتزاء بمجرد إظهارها.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الکفارات الحدیث ۳ من کتاب الإیلاء و الکفارات.

۲- ۲ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱ و ۱۵- من کتاب الظهار.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الکفارات الحدیث ۴ من کتاب الإیلاء و الکفارات.

[المسأله العاشره إن صبرت المظاهره على ترک الزوج وطءها فلا اعتراض]

المسأله العاشره:

إن صبرت المظاهره على ترک الزوج وطءها فلا اعتراض بلا خلاف أجده فیه، بل و لا إشکال، للأصل السالم عن المعارض بعد معلومیه انحصار حق الاستمتاع فیهما، فلا اعتراض لأحد علیهما و إن لم تصبر رفعت أمرها إلى الحاکم المعد لأمثال ذلک، فإذا أحضره خیره بین التکفیر و الرجعه و بین الطلاق، و أنظره للتفکر فی ذلک ثلاثه أشهر من حین المرافعه، فإن انقضت المده و لم یختر أحدهما حبسه و ضیق علیه فی المطعم و المشرب بأن یمنعه عما زاد على سد الرمق مثلا حتى یختار أحدهما، و لا یجبره على الطلاق تعیینا (تضییقا خ ل) و لا یطلق عنه و لا على التکفیر کذلک، لعدم الدلیل علیه، بل ظاهر ما تسمعه من الأدله الجبر على أحدهما تخییرا، لأنه کما إذا لم یجبره على أحدهما قبل المرافعه، لما عرفت من أن الحق لهما، بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک، بل فی المسالک ظاهر الأصحاب الاتفاق على هذا الحکم، بل فی نهایه المراد «و هذه الأحکام مقطوع بها فی کلام الأصحاب، و ظاهرهم أنه موضع وفاق» و فی کشف اللثام «الاتفاق على هذه الأحکام کما هو الظاهر» و فی الریاض «ظاهر جماعه الإجماع علیه» و ظاهرهما معا خصوصا الأخیر منهما أن ذلک هو الحجه فیها دون

موثق أبی بصیر(۱)قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل ظاهر من امرأته، قال: إن أتاها فعلیه عتق رقبه أو صیام شهرین متتابعین أو إطعام ستین مسکینا، و إلا ترک ثلاثه، فإن فاء و إلا أوقف حتى یسأل أ لک حاجه فی امرأتک أو تطلقها؟ فان فاء فلیس علیه شی ء، و هی امرأته، و إن طلق واحده فهو أملک برجعتها»

لقصوره عن تمام المدعی.

و قد تبعا بذلک ثانی الشهیدین فی المسالک حیث إنه بعد أن ذکر الخبر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۸- من کتاب الظهار الحدیث ۱.

المزبور قال: «و فی طریق الروایه ضعف، و فی الحکم علی إطلاقه إشکال، لشمول ما إذا رافعته عقیب الظهار بغیر فصل بحیث لا یفوت الواجب لها من الوطء بعد مضی المده المضروبه، فان الواجب وطؤها فی کل أربعه أشهر مره، و غیره من الحقوق لا یفوت بالظهار، أما إذا لم یحرم غیر الوطء فظاهر و أما إذا حرمناه فیبقی لها حق القسم علی بعض الوجوه، و هو غیر مناف للظهار، و فی الروایه أمور أخر منافیه للقواعد».

و فیه- مع أن الخبر المزبور من قسم الموثق الذی تحقق فی الأصول حجیته- أنه معتضد بعمل الأصحاب کما اعترف به غیر واحد، فلا بأس بالعمل به حتی فی المورد المزبور الذی قد جعل الاشکال فیه، بل فی کشف اللثام «لعل المراد بالفئه الندم و التزام الکفاره ثم الوطء، لا الوطء لیستشکل بأنها لیس لها المطالبه به إلا فی کل أربعه أشهر، و ربما رفعت أمرها بعد الظهار بلا فصل».

علی أن مضمونه منطبق علی القواعد العامه، بل معتضد فی الجمله بالأمر بالتفریق بینهما فی الخبرین (۱)السابقین، بل ربما تسمعه أیضا فی أخبار(۲)الإیلاء المشتمل بعضها علی ما ذکره الأصحاب هنا من التضییق علیه فی المطعم و المشرب.

نعم هو ظاهر فی غیر الأمه و المتمتع بها بناء علی جواز ظهارهما، باعتبار ذکر الطلاق فیه، و من المعلوم عدم وقوعه علیهما، بل لعل کلام الأصحاب أیضا کذلک.

کما أنه یمکن دعوی ظهوره کالفتاوی فی القادر علی الکفاره، دون العاجز عنها الذی قد ذکرنا سابقا إلزامه بالطلاق، بناء علی عدم الاجتزاء بالاستغفار،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الکفارات الحدیث ۱ و ۲ من کتاب الإیلاء و الکفارات.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب الإیلاء من کتاب الإیلاء و الکفارات.

لکن فی کشف اللثام عن النهایه و الغنیه و الوسیله لا یجبر علی الطلاق بعینه إلا إذا قدر علی التکفیر و أقام علی التحریم مضاره، بل عن الأخیر إجماع الطائفه علی ذلک، و ظاهرهم جبره علیه بخصوصه مع قدرته علی التکفیر و إقامته علی التحریم.

و فی الکشف «یعنون أنه إذا لم یقدر علی التکفیر لم یجبر علی شی ء، فان الأصل عدم وجوب الطلاق علیه، و لعله ندم مما فعله و یشق علیه مفارقه زوجته، فابتلی هو کما ابتلیت، فهما ینتظران الفرج».

و فیه أنه مناف لما سمعته سابقا من الصحیح (۱)و غیره، بل لعل قاعده لا ضرر و لا ضرار و نفی الحرج تقتضیه أیضا، نعم لو قلنا باجزاء الاستغفار فی حال العجز اتجه حینئذ إلزامه به أو الطلاق.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الکفارات الحدیث ۱ من کتاب الإیلاء و الکفارات.

[الكلام فى الكفارات]

اشاره

و يلحق بـذلك النظر فى الكفـارات تبعـا للنظر فى كفـاره الظهـار التى هى المقصوده بالبحث هنا، و لعل ذلك هو الأمر الخامس الذى استدعاه النظر فى كتاب الظهار. و على كل حال ف فيه مقاصد:

[المقصد الأول فى ضبط الكفارات]

اشاره

الأول:

فى ضـبط الكفـارات، و لكن ليعلم أنه قـد سـبق الكلام فى كفارات الإحرام، فلنـذكر هنا ما سوى ذلك، و هى أى الكفاره اسـم التكفير الـذى هو فى الأصـل بمعنى السـر و منه الكـافر، لأـنه ستر الحق، بـل يقـال لليل: كافر، لأنه يستر من يفعل فيه شـيئا، و فى الشـرع العبـاده المخصوصه، نحو الصوم و الصـلاه و الزكاه، بل يجرى فيها ما يجرى فيها من البحث فى ثبوت الحقيقه الشـرعيه و فى كونها اسما للأعم أو الصحيح، و غير ذلك من المباحث التى حررناها فى الأصول.

و فى المسالك «قـد عرفها بعضـهم بأنها طاعه مخصوصه مسـقطه للعقوبه أو مخففه غالبا، و قيد بالأغلبيه لتدخل كفاره قتل الخطأ فيها، فإنها ليست عقوبه- قال-:

و ينتقض فى طرده بالتوبه، فإنها طاعه مخصوصه، بل هى من أعظم الطاعات، ثم قـد تكون مسـقطه للـذنب، كما إذا كان الـذنب حق الله تعـالى و لم يجب قضـاؤه، و قـد يكون مخففه له، كمـا إذا ترتب وجوب القضـاء(۱)أورد الحق و نحوه، و كـذا ينتقض بقضاء العبادات، فإنه طاعه مسقطه للذنب المترتب على التهاون فى الفعل

۱- ۱ هكذا فى النسختين الأصليتين، و الموجود فى المسالك «كما إذا اقترنت بوجوب القضاء».

إلى أن يخرج الوقت أو مخففه له من حيث افتقار سقوطه رأسا إلى التوبه».

و فيه أن من المعلوم إراده التميز فى الجمله من التعريف المزبور الـذى هو أشبه شى ء بتعاريف أهل اللغه، كما أن من المعلوم أيضا إراده الخصوصيه المخصوصه التى لا وجود لها فى التوبه و قضاء العباده، لا جنس الخصوصيه، كما هو واضح.

ثم لا يخفى عليك أن الأمر بالكفاره من حيث هو كـذلك لا يقتضـى الفور، إذ هو كغيره من الأوامر المطلقه التى قـد حققنا فى الأـصول عـدم دلالتهـا على الفور، نعم قـد يكون متعلقهـا حقـا للفقراء مثلا يجب أداؤه فورا كغيره من الحقوق الماليه نحو الزكاه مثلا، للأدله(۱)الداله على ذلك، هذا.

و لكن فى المسالـك «و اعلم أن الكفـارات الواجبه إن لم تكن عن ذنب ككفـاره قتـل الخطـأ فوجوبهـا على التراخى، لأن مطلق الأـمر لاـ يقتضـى الفور على أصـح القولين، و إن كانت مسـقطه للـذنب أو مخففه له ففى وجوبها على الفور وجهان: من أنها فى معنى التوبه من حيث كـانت مسـقطه للـذنب أو مخففه له، و التوبه واجبه على الفور، و من أصاله عـدم وجوب الفوريه، و لا يلزم من مشاركتهـا للتوبه فى ذلـك مساواتها لها فى جميع الأحكام، فإنها فى الأصل حق مالى أو بـدنى، و فى نظائرها من العبادات و الحقوق مـا يجب على الفور، و منها مالا يجب على الفور، و منها مالا يجب، و أصل وجوبه متوقف على دليل يقتضـيه غير أصـل الأمر، و أطلق بعضـهم وجوبها على الفور مستدلا بأنها كالتوبه الواجبه لـذلك، لوجوب الندم على كل قبيح أو إخلال بواجب، و لا يخفى فساده على إطلاقه، فإن منها ما ليس مسـببا عن قبيـح، ثم على تقـدير فعلها لا يكفى فى إسـقاط استحقاق العقاب حيث يكون عن ذنب، بل لا بد معها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب ما تجب فيه الزكاه من كتاب الزكاه و الباب- ۴۶- من أبواب جهاد النفس الحديث ۳۳ و ۳۶ و الباب- ۳۹- من فعل المعروف الحديث ۲ و ۶ من كتاب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر. و الباب- ۷- من أبواب الدين و القرض من كتاب التجاره.

من التوبه المشتمله على ترک الذنب فی الحال، و الندم على فعله فیما سلف، و العزم على عدم العود إلیه فی الاستقبال، و لو وجب معها قضاء العباده کافساد الصوم فلا بد معها من القضاء للقادر علیه، و مثله القول فی الحدود و التعزیرات على المعاصی».

و فیه- بعد الإغضاء عما ذکره من القسم الثالث للواجب على الفور و عدمه- أن الأصل فی الحقوق المالیه سواء کانت لشخص معین أو غیر معین الفوریه إلا مع الإذن من صاحب الحق، و من ذلک رد الأمانات الشرعیه إلى أهلها فورا و أداء الخمس و الزکاه و غیرها، و کأنه متفق علیه إلا ما دل علیه الدلیل (۱)من الرخصه فی تأخیر نحو الزکاه فی الجمله طلبا لأفضل مواردها، بل لعل تأخیر الحق عن مستحقیه مع حاجتهم إلیه من الظلم المحرم عقلا و نقلا(۲)و من الإضرار المنهی عنه (۳)أیضا.

بل قد یناقش فی قوله: «ثم على تقدیر فعلها» إلى آخره بأنه قد یظهر من أدله بعض الکفارات حصول التکفیر بها من غیر حاجه إلى التوبه، کما ستسمع ذلک إنشاء الله فیما یأتی.

و کیف کان فالکفاره مرتبه و مخیره و ما یحصل فیه الأمران و کفاره الجمع،

[الکفاره المرتبه]

فالمرتبه قد ذکر فی المتن منها ثلاث کفارات، بل ظاهره کغیره حصرها فی ذلک ما عدا کفارات الإحرام.

الأولى کفاره الظهار و الثانیه کفاره قتل الخطأ و ذلک

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب المستحقین للزکاه الحدیث ۸ و الباب- ۵۲- منها الحدیث ۲ و الباب- ۵۳- منها من کتاب الزکاه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب ما تجب فیه الزکاه من کتاب الزکاه و الباب- ۴۶- من أبواب جهاد النفس الحدیث ۳۳ و ۳۶ و الباب- ۳۹- من فعل المعروف الحدیث ۲ و ۶ من کتاب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر. و الباب- ۷- من أبواب الدین و القرض من کتاب التجاره.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من کتاب احیاء الموات.

لأنه يجب فى كل واحده العتق، فان عجز فالصوم شـهرين متتابعين، فان عجز فإطعام ستين مسكينا بلا خلاف أجده فى الأولى بل عن جماعه الإجماع عليه.

مضافا إلى نص الآيه(۱)بل و إلى الاستئناس له ببعض المعتبره و إن لم تكن صريحه، ف

فى الموثق (۲)«جـاء رجـل إلى رسول الله صـلى الله عليه و آله، فقـال: يـا رسول الله إنى ظـاهرت من امرأتى، فقال: اذهب فأعتق رقبه، قـال: ليس عنـدى، قال: فاذهب فصم شـهرين متتابعين، فقال: لا أقوى على ذلك، فقال: فاذهب فأطعم ستين مسـكينا، فقال: ليس عندى»

و فى المرسل (۳)كالصحيح على الصحيح «فى رجل صام شهرا من كفاره الظهار ثم و جد نسمه، قال: يعتقها و لا يعتد بالصوم»

و لا قائل بالفرق لظهور الأمر بالمعين فى ذلك.

بل أظهر من ذلك النصوص (۴)التى قد ذكرناها فى أول الظهار الوارده فى تفسير الآيه(۵)بل و غيرها من النصوص التى لا ينكر ظهورهـا أيضا فى ذلك كخبر أبى الجارود(۶)و غيره (۷)فمـا فى جمله من النصوص (۸)من العطف بأو المقتضـى للتخيير يجب إراده بيان ماهيه الكفاره منه إن كان فيها الصحيح و الموثق و غيرهما،

۱- ۱ سوره المجادله: ۵۸- الآيه ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الكفارات الحديث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من كتاب الظهار.

۵- ۵ سوره المجادله: ۵۸- الآيه ۳.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۳- من كتاب الظهار الحديث ۵.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۴- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۱۴- من كتاب الظهار الحديث ۲ و الباب- ۱۸- منه الحديث ۱ و الباب- ۱- من أبواب الكفارات الحديث ۳ و ۴ و ۶.

لكن لا عامل بها بالنسبه إلى التخيير الذى هو أحد معانى «أو» و إلا فهى تأتى لغيره أيضا، بل إن أبيت عن ذلك فقد قيل: إنها شاذه لا عمل عليها مخالفه للكتاب و إجماع الأصحاب.

و أما الثانيه فهى كذلك على المشهور، بل عن المبسوط، نفى الخلاف فيه، و كذلك المسالك فى الديات للايه(۱)فى الأولين و النصوص (۲)المستفيضه فى الثلاثه التى منها

صحيح ابن سنان (۳)عن الصادق عليه السلام «إذا قتل خطأ أدى ديته إلى أوليائه ثم أعتق رقبه، فان لم يجد صام شهرين متتابعين، فان لم يستطع أطعم ستين مسكينا مدا مدا»

فما عن سلار و ابن حمزه و ظاهر المفيد- من أنها مخيره- واضح الضعف، خصوصا بعد أن لم نقف لهم على مستند كما اعترف به غيرنا أيضا إلا الأصل المقطوع بما عرفت، بل عن النزهه أن القول المزبور مخالف لظاهر التنزيل و الإجماع.

و لا يلحق بهما كفاره الجماع فى الاعتكاف الواجب عند المصنف لظاهر حصره فى غيرها، و تصريحه فى كتاب الصوم بكونها مخيره، و لعله كذلك وفاقا للمحكى عن الأكثر

للموثقين (۴)«عن معتكف واقع أهله هو بمنزله من أفطر يوما من شهر رمضان» و زيد فى ثانيهما «متعمدا عتق رقبه أو صوم شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا»

خلافا لما عن الصدوق ره و جماعه

للصحيح (۵)«عن المعتكف يجامع أهله، قال: إذا فعل فعليه ما على المظاهر»

و نحوه الصحيح الآخر(۶)و الجمع بينهما بحمل كل منهما على الآخر ممكن إلا أن الشهره التى هى أقوى المرجحات ترجح الثانى،

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآيه ۹۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الكفارات و الباب- ۱۰- من أبواب القصاص فى النفس الحديث ۴ و المستدرك الباب- ۸- من أبواب الكفارات.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الاعتكاف الحديث ۲ و ۵.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۶- من كتاب الاعتكاف الحديث ۱.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۶- من كتاب الاعتكاف الحديث ۶.

و لكن الاحتياط لا ينبغى تركه.

و الثالثه كفاره من أفطر يوما من قضاء شهر رمضان بعد الزوال لأنها على المشهور بين الأصحاب روايه و فتوى على ما فى المسالك إطعام عشره مساكين، فان عجز صام ثلاثه أيام متتابعات ففى

صحيح يزيد بن معاويه(۱)عن الباقر عليه السلام «فى رجل أتى أهله فى يوم يقضيه من شهر رمضان قبل الزوال لا شى ء عليه إلا يوما مكان يوم و إن أتى أهله بعد زوال الشمس فان عليه أن يتصدق على عشره مساكين لكل مسكين مد، فان لم يقدر صام يوما مكان يوم، و صام ثلاثه أيام كفاره لما صنع»

و بمعناه الخبر(۲)المنجبر بما سمعت، مع أن فى سنده من أجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه.

بل قد يستدل له ب

صحيح هشام بن سالم (۳)«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل وقع على أهله و هو يقضى شهر رمضان، قال: إن كان وقع عليها قبل صلاه العصر فلا شى ء عليه، يصوم يوما بدل يوم، و إن فعل بعد العصر صام ذلك اليوم، و أطعم عشره مساكين، فان لم يمكنه صام ثلاثه أيام كفاره لذلك»

بناء على ما عن الشيخ من أنه إذا كان وقت صلاتين عند زوال الشمس إلا أن الظهر قبل العصر جاز أن يعبر عما قبل الزوال بأنه قبل العصر لقرب ما بين الوقتين، و يعبر عما بعد العصر بأنه بعد الزوال بمثل ذلك، مؤيدا بما سمعت من المعتبره السابقه و الشهره، بل قيل و الإجماع.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ۱ من كتاب الصوم عن بريد العجلى كما فى التهذيب ج ۴ ص ۲۷۸ و الاستبصار ج ۲ ص ۱۲۰ و الفقيه ج ۲ ص ۹۶.

۲- ۲ الخبر الذى قبل بانجباره بما ذكره قده هو خبر بريد بن معاويه العجلى المتقدم فان فى سنده الحارث بن محمد فى جميع الطرق و ليس هناك خبر آخر بمعناه يكون منجبرا بما ذكره طاب ثراه.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ۲.

خلافا لما عن الحلبی و ابنی زهره و حمزه فخیروا بینهما، و للقاضی و ظاهر الشیخین فجعلوها کفاره یمین، و هما مع مخالفتهما لما مضی لم نقف علی مستند لهما، و للعمانی فأسقطها، للموثق (۱)عن القاضی لرمضان المفطر بعد ما زالت الشمس، قال: «قد أساء و لیس علیه شی ء إلا قضاء ذلک الیوم الذی أراد أن یقضیه» و هو و إن کان من الموثق و اعتضد بالأصل إلا أنه غیر مکافئ لما مر من وجوه، و الصدوقین فجعلاها کفاره شهر رمضان،

للموثق (۲)«عن رجل قضی من شهر رمضان فأتی النساء، قال: علیه من الکفاره ما علی الذی أصاب فی رمضان، لأن ذلک الیوم عند الله تعالی من أیام رمضان»

و عن ابن حمزه موافقته علی ذلک مع الاستخفاف، بل عن الشیخ فی النهایه و کتابی الأخبار احتماله.

إلی غیر ذلک من الأقوال التی تبلغ ثمانیه أو تسعه. (منها)- مضافا إلی ما عرفت- ما عن ابن إدریس من أن علیه قضاء یومین: یوم لرمضان و یوم لقضائه، و (منها) ما عن التقی من صوم ثلاثه أیام أو إطعام عشره مساکین، و (منها) ما عن المفید فی باب الکفارات من التخییر بین کفاره الیمین و بین ما ذکر أولا، و الجمیع کما تری، و قد أشبعنا الکلام فی المسأله فی کتاب الصوم، فلاحظ.

نعم ما ذکره المصنف- من اعتبار التتابع فی الأیام بل فی کشف اللثام حکایته عن الشیخین و جماعه قاطعین به- لم أقف له علی مستند بالخصوص، کما اعترف به فی کشف اللثام، بل قد یخالفه عموم

قول الصادق علیه السلام (۳)«کل صوم یفرق إلا ثلاثه أیام فی کفاره الیمین»

اللهم إلا أن یدعی انصراف ذلک من الأمر بصوم ثلاثه أیام (۴)خصوصا فی الکفاره التی اعتبر التتابع فی شهریها فضلا عن الثلاثه،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحکام شهر رمضان الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحکام شهر رمضان الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب بقیه الصوم الواجب الحدیث ۱ من کتاب الصوم.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحکام شهر رمضان الحدیث ۱ من کتاب الصوم.

إلا أنه كما ترى.

[الكفاره المخيره]

و المخيره كفاره من أفطر فى يوم من شهر رمضان مع وجوب صومه بأحد الأسباب الموجبه للتكفير التى قد تقدم البحث فيها و فى أصل المسأله فى كتاب الصوم، فلاحظ. بل لا فرق بين إفطاره على محلل أو محرم فلاحظ و تأمل.

و كفاره من أفطر يوما نذر صومه من غير عذر على أشهر الروايتين (۱)بل و القولين، بل عن الانتصار الإجماع عليه، لعموم ما تسمعه من أدله كفاره النذر.

و كذا فى التخيير كفاره الحنث فى العهد سواء كان متعلقه الصوم أو غيره على المشهور أيضا، بل عن الانتصار أيضا و الغنيه الإجماع عليه أيضا، ل

خبر على بن جعفر(۲)عن أخيه موسى عليه السلام «سألته عن رجل عاهد الله تعالى فى غير معصيه ما عليه إن لم يف بعهده؟ قال: يعتق رقبه أو يتصدق بصدقه أو يصوم شهرين متتابعين»

و خبر أبى بصير(۳)عن أحدهما عليهما السلام «من جعل عليه عهد الله و ميثاقه فى أمر لله طاعه، فحنث فعليه عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا»

و قصور سنديهما منجبر بما عرفت، فما عن بعض- من كونها كفاره يمين بتقريب أنه مثله فى الالتزام- واضح الضعف و إن أمكن تأييده أيضا بما تسمعه من النصوص (۴)على أن كفاره النذر كفاره يمين، و العهد مثله أو أولى منه بذلك.

و لكن الأقوى أن الكفاره فى النذر مخيره أيضا و إن قال المصنف

---

۱ - ۱ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب الكفارات الحديث ۷ و ۴، راجع الباب- ۷- من أبواب بقيه الصوم الواجب من كتاب الصوم.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۴- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۴- من أبواب الكفارات الحديث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب الكفارات الحديث ۱ و ۳ و ۴ و ۵.

هنـا على التردد إلاـ أن المشـهور كونهـا مخيره ككفـاره شـهر رمضـان، بـل عن الانتصار و الغنيه الإجماع عليه، و هما الحجه بعد تأييدهما بخبرى العهد الذى هو مثله، و ب

خبر عبد الملك بن عمر(۱)عن أبى عبد الله عليه السـلام «سألته عمن جعل عليه لله أن لا يركب محرما سماه فركبه، قال: لا، قال: و لا أعلمه إلا قال: فليعتق رقبه أو ليصم شهرين متتابعين أو ليطعم ستين مسكينا»

و بمكاتبه ابن مهزيار(۲)للهادى عليه السـلام «كتبت إليه: يا سـيدى رجل نذر أن يصوم يوما لله تعالى فوقع ذلك اليوم على أهله ما عليه من الكفاره؟ فأجاب: يصوم يوما بدل يوم و تحرير رقبه مؤمنه»

و مكاتبه القاسم الصيقل (۳)على ما فى المسالك بناء على عدم خصوصيه للصوم، و أن المراد من الرقبه الإشاره إلى التخيير و إن كان فيه ما فيه، لاشتراكها بينها و بين كفاره اليمين، نعم قد يرجح الأول ما سمعت.

و حينئذ فيكون الواجب فى كل واحده من الكفارات الثلاث أو الأربع عتق رقبه أو صـيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا على الأظهر خلافا للمحكى عن الصدوق فى النذر، فجعلها كفاره يمين، و وافقه المصنف فى النافع و جماعه، ل

قول الصادق عليه السلام فى حسن الحلبى (۴)«إن قلت: لله على فكفاره يمين»

و خبر حفص بن غياث (۵)عنه عليه السلام أيضا «سألته عن كفاره النذر، فقال: كفاره النذر كفاره اليمين»

و خبر صفوان الجمال (۶)عن أبى عبد الله عليه السلام «قلت له:

بأبى و أمى جعلت على نفسى مشيا إلى بيت الله، قال: كفر يمينك، فإنما جعلت على نفسك يمينا»

إلى آخره

و لصحيح ابن مهزيار(۷)قال «كتب بندار مولى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب الكفارات الحديث ۷ عن عبد الملك بن عمرو.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من كتاب النذر و العهد الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من أبواب بقيه الصوم الواجب الحديث ۳ من كتاب الصوم.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب الكفارات الحديث ۴.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب الكفارات الحديث ۳.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۷- من أبواب بقيه الصوم الواجب الحديث ۴ من كتاب الصوم.

إدريس يا سيدى إنى نذرت أن أصوم كل سبت و إن أنا لم أصمه ما يلزمنى من الكفاره؟ فكتب عليه السلام و قرأته: لا تتركه إلا من عله، و ليس عليك صومه فى سفر و لا مرض إلا أن تكون نويت ذلك، و إن كنت أفطرت فيه من غير عله فتصدق بقدر كل يوم سبعه مساكين»

بناء على قراءه «شبعه» بإبدال السين المهمله بالشين المعجمه مع الباء الموحده، و المراد من المساكين العشره، أو على السهو من النساخ بإبدال العشره بالسبعه، كما يومئ إليه ما حكاه فى المسالك من تعبير الصدوق ره فى المقنع بمضمونه مبدلا للسبعه بالعشره، بل قال: «هو عندى كذلك بخطه الشريف».

بل أطنب فى المسالك فى ترجيح الحسن المزبور على خبر عبد الملك سندا و دلاله مؤيدا له بما سمعت من النصوص إلا أنها أجمع موافقه للعامه، بل فى المسالك اتفاق روايات العامه(۱)التى صححوها عن النبى صلى الله عليه و آله على مضمونها، و من الغريب ذكر ذلك مؤيدا للحسن، مع أن الميزان الشرعى بخلافه، خصوصا فى مثل المكاتبه التى يراعى فيها التقيه غالبا.

و بذلك- مضافا إلى ما سمعته من نصوص العهد و الإجماعين و الشهره- يظهر لك رجحان الأولى عليها، فما أطنب فيه فى المسالك من ترجيح العكس فى غير محله، كما أنه لا وجه للجمع بينها بحمل السابقه على كفاره النذر المتعلق بالصوم و الأخيره على غيره، كما عن المرتضى فى بعض كتبه، و ابن إدريس و العلامه فى غير المختلف، خصوصا مع عدم الشاهد عليه سوى وجه اعتبارى، و هو مساواته بسبب تعلقه بالصوم لكفارته، و هو كما ترى.

بل لعل جمع الشيخ بينها بحمل الأولى على غير العاجز و الأخيره عليه أولى، لشهاده

خبر جميل بن صالح (۲)عن أبى الحسن موسى عليه السلام له، قال: «كل

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۶۹ الى ۷۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب الكفارات الحديث ۵.

من عجز عن نذر نذره فكفارته كفاره يمين»

و إن كـان قـد ينـاقش بـأن الظـاهر إراده عجز عن المنـذور لا عن الكفاره، فيحمل على ضـرب من النـدب، بل ربما كان شاهـدا للمختار في الجمله.

و نحوه

خبر عمر بن خالد(۱)عن أبي جعفر عليه السلام «النذر نذران، فما كان لله تعالى فف به، و ما كان لغير الله فكفارته كفاره يمين»

بنـاء على أن المراد من غير الله تعـالى فيه مـا ينـذره الإنسـان معلقـا له على شـي ء لإراده عـدم فعله نحو اليمين، و ربما احتمل أن المراد كفاره إيقاع النذر لغير الله تعالى.

و لكن لا يخفى عليك بعده و أن ما ذكرناه أقرب منه، بل قد يشهد له

خـبر عمر بن حريث (۲)سـأل الصـادق عليه السـلام «عن رجـل قـال: إن كلم ذا قرابه له فعليه المشـي إلى بيت الله تعالى و كل ما يملكه في سبيل الله تعالى و هو بري ء من دين محمد صلى الله عليه و آله، قال: يصوم ثلاثه أيام، و يتصدق على عشره مساكين»

بل و

خبر على و إسـحاق ابني سلمان عن إبراهيم بن محمد(۳)قال لهما: «كتبت إلى الفقيه عليه السـلام يا مولاي نذرت أن أكون متى فـاتتني صـلاه الليـل صـمت في صبيحتهـا، ففاته ذلك كيف يصـنع؟ و هل له من ذلك مخرج؟ و كم يجب عليه من الكفاره في صوم كل يوم تركه إن كفر إن أراد ذلك؟ فكتب يفرق عن كل يوم بمد من طعام كفاره»

بناء على ن ذلك ضرب آخر من الندب لعدم لزوم هذا النذر.

بل قد يقال: إنه مما ذكرنا ينقدح وجه آخر للجمع بين النصوص، يحمل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب الكفارات الحديث ۶ عن عمرو بن خالد كما في الاستبصار ج ۴ ص ۵۵.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب الكفارات الحديث ۲ عن عمرو بن حريث كما في التهذيب ج ۸ ص ۳۱۰- الرقم ۱۱۵۳.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب الكفارات الحديث ۸ عن على و إسحاق ابني سليمان عن إبراهيم بن محمد كما في التهذيب ج ۴ ص ۳۲۹.

النصوص (۱)الداله على أن كفارته كفاره اليمين على خصوص النذر المراد به ذلک و لو على ضرب من الندب، و هذا كله سبب رجحان النصوص المزبوره بما سمعت، فالمتجه حينئذ طرح ما عارضه أو حمله على ما لا ينافيها.

و على كل حال فما عن سلار و الكراجكى و ظاهر بعض- من أن كفاره النذر و العهد كفاره الظهار- واضح الضعف، بل لم أعثر له على مستند، و كذا ما عن الجامع من أنه إن أحنث بما نذره عمدا مع تمكنه منه فان كان له وقت معين فخرج فعليه كفاره شهر رمضان، فان لم يقدر فكفاره يمين، و فقه القرآن للراوندى من أن كفاره النذر مثل كفاره الظهار، فان لم يقدر كان عليه كفاره اليمين.

[ما يحصل فيه الأمران]

و أما ما يحصل فيه الأمران و هما التخيير و الترتيب فهو كفاره اليمين، و هى عتق رقبه أو إطعام عشره مساكين أو كسوتهم، فان عجز صام ثلاثه أيام بلا خلاف أجده فيه، بل فى المسالک «الحكم فى هذه الكفاره محل وفاق بين المسلمين من حيث إنها منصوصه فى القرآن»(۲).

[كفاره الجمع]

و أما كفاره الجمع ف هى كفاره قتل المؤمن عمدا ظلما، و هى عتق رقبه و صوم شهرين متتابعين و إطعام ستين مسكينا بالإجماع و المعتبره المستفيضه(۳)كما فى الرياض، و يأتى تمام الكلام فيها فى محله إنشاء الله.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب الكفارات.

۲- ۲ سوره المائده: ۵- الآيه ۸۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب الكفارات و الباب- ۹ و ۱۰- من أبواب القصاص فى النفس.

[المقصد الثانی فیما اختلف فیه]

اشاره

المقصد الثانی فیما اختلف فیه، و هی سبع:

[الاولی من حلف بالبراءه فعلیه کفاره ظهار]

الاولی:

من حلف بالبراءه من الله تعالی شأنه أو من رسوله صلی الله علیه و آله أو من الأئمه علیهم السلام المراد بها هنا نفی التعلق دینا و دنیا من سائر الوجوه، و کذا ما فی معناها فعلیه کفاره ظهار، فان عجز فکفاره یمین فی المحکی عن الشیخین و جماعه، بل عن الغنیه الإجماع علیه، بل عنها ذلک بمجرده و إن لم یحنث، کما عن الطوسی و القاضی.

خلافا للمحکی عن المفید و الدیلمی من ترتبها علی الحنث، و عن ابن حمزه علیه کفاره نذر، و عن الصدوق أنه یصوم ثلاثه أیام و یتصدق علی عشره مساکین، و لعله لخبر عمر بن حریث (۱)المتقدم فی المسأله السابقه بناء علی أن ما فیه للحلف بالبراءه، و عن التحریر و المختلف التکفیر بإطعام عشره مساکین، لکل مسکین مد، و یستغفر الله تعالی شأنه،

للصحیح (۲)«کتب محمد بن الحسن الصفار إلی أبی محمد العسکری علیه السلام رجل حلف بالبراءه من الله و رسوله فحنث ما توبته و کفارته؟

فوقع علیه السلام یطعم عشره مساکین، لکل مسکین مد، و یستغفر الله عز و جل»

و لا بأس بالعمل بمضمونها لصحتها کما فی المسالک.

و لکن قیل کما عن الشیخ و ابن إدریس و أکثر المتأخرین:

یأثم و لا کفاره، و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأنا لم نعثر علی ما یدل

۱- ۱ راجع التعلیقه ۲ من ص ۱۷۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب الکفارات الحدیث ۱.

على القول الأول بل و لا على أن كفارته كفاره النـذر عـدا الإجماع الذى هو مع وهنه بشده الخلاف فى المسأله معارض بما عن الشـيخ فى الخلاف من إجماع الإماميه و أخبارهم على العدم، فالأصل حينئذ بحاله، و خبر عمر بن حريث (۱)المتقدم مع احتماله ما قدمناه فى المسأله السابقه غير جامع لشـرائط الحجيه كى يصـلح قاطعا للأصل، بل و كذا الصحيح الموهون بالاعراض عنه إلى زمن الفاضل فعمل به فى بعض كتبه، و من هنا قال المصنف فى المحكى عنه من نكت النهايه: «إن ما تضمنه نادر» و لعله لاتفاق جميع ما سمعت من الإجماعين و الشهره البسيطه و المركبه على خلافه، فلا بأس بحمله على ضرب من الندب.

نعم لاـ خلاـف فيما أجـده فى أصل الحرمه، بل الإجماع بقسـميه عليه، من غير فرق بين الصـدق و الكـذب و الحنث و عـدمه، و تحليف الصادق عليه السلام الرجل الذى افترى عليه بالبراءه من حول الله و قوته (۲)قضيه فى واقعه خاصه لحكمه من الحكم، فلا تدل على الجواز الذى قد علمت عدم الخلاف بل الإجماع على عدمه، بل عن فخر المحققين إجماع أهل العلم على عدم جوازه.

مضافا إلى

المرسل (۳)عن النبى صلى الله عليه و آله «إنه سمع رجلا يقول: أنا برى ء من دين محمد، فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله: ويلك إذا برئت من دين محمد فعلى دين من تكون؟ قال: فما كلمه رسول الله صلى الله عليه و آله حتى مات»

و عن يونس بن ظبيان (۴)أنه قال لى: «يا يونس لا تحلف بالبراءه منا، فإن من حلف بالبراءه منا صادقا أو كاذبا فقد برى ء منا»

بل فى التنقيح جاء

عنهم عليهم السلام (۵)«إذا عرضتم على البراءه منا

۱- ۱ راجع التعليقه ۲ من ص ۱۷۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۳- من كتاب الايمان الحديث ۱ و ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الايمان الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الايمان الحديث ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب الأمر و النهى الحديث ۸ و ۹ و ۱۰ و ۲۱ و هو نقل بالمعنى.

فمدوا الأعناق»

و إن كان كالأول فی غیر الحلف بالبراءه، بل هو فی أصلها، و قد استفاضت النصوص (۱)فی النهی عنها للتقیه و إن كان العمل علی خلافها، خصوصا إذا كانت لحفظ النفس من القتل، مع أنها براءه لفظیه لا قلبیه، بل قوله تعالی (۲)«إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمانِ» كالصریح فی جوازها فضلا عما دل علی (۳)أن الإكراه مما رفع عن الأمه، فلا بد من حمل تلك النصوص علی ضرب من المبالغه فی أمر البراءه.

بل منه یستفاد فی الجمله حكم المقام الذی هو قسم من البراءه أیضا و إن كانت بعنوان الحلف المعلوم عدم انعقاده بها و حرمته لمعلومیه عدم جواز الحلف بغیر الله، بل فی التنقیح «التلفظ بذلك أی البراءه إن علقه علی محال لا یخرجه عن الإسلام، لأن حكم المعلق حكم المعلق به، و إن علقه علی ممكن فهل یخرج به عن الإسلام، أم لا؟ الحق نعم، لقیام الدلیل علی وجوب الثبات علی الاعتقاد الصحیح، و امتناع الانتقال عنه، فإذا علق علی ممكن و الممكن جائز الوقوع فیقع المعلق علیه، نعم إن كان المتلفظ یعلم معنی التعلیق كفر فی الحال و إلا فلا».

و لعله إلی ذلك أشار فی الریاض حیث قال: (بقوله خ ل): «إن الحلف بالبراءه یحتمل الكفر فی بعض صوره» و كان مراده بالعلم بمعنی التعلیق قصده، فیكون الحاصل أنه متی قصد معنی التعلیق و كان المعلق علیه أمرا ممكنا نافی الجزم المأمور به فی الاعتقاد، نعم إن قصد بذلك المبالغه فی الامتناع عن المحلوف علیه لم یكن كفرا، و لكن المتجه علی هذا عدم الفرق بین كون المعلق علیه أمرا محالا و عدمه، ضروره منافاه التعلیق علی كل حال للجزم.

و لعله لذا قال الكركی فی حاشیته علی الكتاب فی المقام: «و هل یكفر بذلك؟

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب الأمر و النهی من كتاب الأمر بالمعروف و النهی عن المنكر.

۲- ۲ سوره النحل: ۱۶- الآیه ۱۰۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۶- من أبواب جهاد النفس من كتاب الجهاد.

يحتمل، لأن تعليق الكفر على بعض الحالات التى لا دخل لها فى حصوله يقتضى الحصول بدونها، و الظاهر العدم، لأنه يراد بذلك المبالغه فى المنع غالبا، و ما أشبهه بقول (۱)إن شهد فلان فهو صادق إلى آخره. و لم يفرق مع تحقق التعليق بين كون المعلق عليه محالا أو لا، نعم ظاهر كلامه أن احتمال الكفر لعدم مدخليه التعليق فى تحقق البراءه التى هى مقتضى الكفر، إما لأنها كالشتم و السب المعلقين، فإنهما متحققان و إن علقا، و إما لأن البراءه ليست من قسم الإيقاع المعلوم الذى له آثار يرجع إليها التعليق، بل هى ليست إلا معناها الحاصل بقصد إنشاءه سواء علق أولا.

و على كل حال فلا ريب فى ظهور كلمات الأصحاب فى عدم الكفر فى الفرض الذى أمروا فيه بالكفاره و الاستغفار على اختلاف أقوالهم من المفيد إلى زماننا، قال فى محكى المقنعه: «قول القائل: أنا برى ء من الإسلام أو أنا مشرك إن فعلت كذا باطل، لا يلزمه إذا فعل كفاره، و قسمه بذلك خطأ منه، و يجب إن يندم عليه و يستغفر الله تعالى شأنه» و كذا غيره و إن اختلفت كلماتهم فى أصل الكفاره و فى كيفيتها و فى عدمها، و كذا ظاهر ما سمعته من المكاتبه(۲)و غيرها.

و لعله لأن المراد من اليمين بالبراءه غالبا المبالغه لا التعليق حقيقه كى يتحقق به الكفر الذى ينبغى أن يحمل عليه ما سمعته من خبر يونس بن ظبيان (۳)السابق، أو المبالغه فى تحريم الصوره المزبوره و الكف عنها.

۱- ۱ فى النسخه المخطوطه المبيضه «و مما أشبهه» كما هو المحتمل فى المسوده أيضا و كتب كلمه «بقول» فى هامش المبيضه برمز «بدل» و هى ليست فى المسوده أصلا.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الايمان الحديث ۲.

[الثانيه فی جز المرأه شعرها فی المصاب فعليها كفاره الصيام]

الثانيه:

فی جز المرأه شعرها فی المصاب عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا كما عن المراسم و الوسيله و الإصباح و الجامع و النزهه و النافع، بل فی المقنعه و الانتصار و عن النهايه «أن فيه كفاره قتل الخطأ: عتق رقبه أو إطعام ستين مسكينا أو صيام شهرين متتابعين».

لكن فی كشف اللثام «عن الشيخين أنهما نصا على الترتيب فی قتل الخطأ، و حينئذ فيحتمل أن يكون التشبيه فی الخصال و الترتيب جميعا، و يكون التعبير بأو إجمالا للترتيب، و أن يكون التشبيه فی أصل الخصال» و إن كان فيه أن نص المقنعه على أنها مثل كفاره شهر رمضان التی نص على أنها مخيره، و يمكن أن يكون مذهب المرتضى ذلك أيضا، بل لعله هو الظاهر من عبارته هنا، و حينئذ فيكون إجماع الانتصار على التخيير.

مضافا إلى

خبر خالد بن سدير(۱)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل شق ثوبه على أبيه أو على امه أو على أخيه أو على قريب له، فقال: لا بأس بشق الجيوب، قد شق موسى بن عمران على أخيه هارون، و لا يشق الوالد على ولده، و لا زوج على امرأته، و تشق المرأه على زوجها، و إذا شق الزوج على امرأته أو والد على ولده فكفارته حنث يمين، و لا صلاه لهما حتى يكفرا أو يتوبا عن ذلك، و إذا خدشت المرأه وجهها أو جزت شعرها أو نتفته ففی جز الشعر عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا، و فی الخدش إذ أدمت و فی النتف كفاره حنث يمين، و لا شی ء فی اللطم على الخدود سوى الاستغفار و التوبه، و لقد شققن الجيوب و لطمن الخدود الفاطميات على الحسين بن على عليهما السلام، و على مثله تشق الجيوب و تلطم الخدود»

المنجبر بفتوى من عرفت، بل الإجماع المحكی كما

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۱- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

ستعرف، بـل لم يعرف المخالف فى العمل بما فى ذيله من حكم المسأله الثالثه، بل عن ابن إدريس «أن أصـحابنا مجمعون عليها فى تصانيفهم و فتاواهم» إلى آخره، فلا وجه للتوقف فى العمل به من الطعن فى سـنده، كما وقع من بعض من ذوى الاختلال فى الطريقه، كما لا وجه للتوقف فيه من جهه الدلاله، كما وقع للفخر، ضروره ظهور لفظه «فى» هنا كنظائر فى إفاده التسبيب.

و لكن مع ذلـك قيل كما عن الحلبى مثل كفاره الظهار مـدعيا الإجماع عليه، بل فى الرياض عن الانتصار ذلك أيضا قال: «لكن ذيـل عبـارته ظـاهر فى التخيير و إن حكم فى صـدرها بأنهـا كفاره ظهار، و نحوه كلام الشـيخ فى محكى التحرير إلا أن الصـدر أصـرح، فليحمـل الـذيل كالروايه بمعونه فتوى الجماعه على بيان الجنس على التفصـيل، لا كونها مخيره كما ذكره بعض الأجله، فتكون الروايه حجه فى المسأله، لانجبار ضعفها بالشهره العظيمه و حكايه الإجماعين المتقدمين».

و فيه أن الموجود فى عباره الانتصار تشبيهها بكفاره قتل الخطأ التى هى مخيره عند المفيد و سلار، و مذهب المرتضى غالبا على وفق مـذهبهما، فـالمظنون مـا هو ظاهر العباره من التخيير فيهما، فيتفق الصـدر، و يكون إجماعه الـذى ذكره حجه للمسأله، مضافا إلى الخبر، و لعـل فتوى من عرفت شاهـد على صـحه الإجمـاع المزبور، لاـ على أنهـا كفـاره ظهار الـذى لم يعرف القول به ممن تقدمه، بل و لا من تأخره عدا الحلى و الشهيد فى اللمعه.

و بذلك يظهر لك و هن إجماع ابن إدريس، كما أن منه يظهر غرابه ما سـمعته من الرياض، بل ما كنا لنؤثر وقوع مثل ذلك من مثله، بـل و يظهر لـك أيضا من قول المصـنف و الأول مروى (۱)(۴)- نوع ميـل إليه، بـل ينبغى الجزم به، لما عرفت من ضـعف القول بأنها كفاره ظهار.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۱- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

و أما ما فی المتن من أنه قیل: تأثم و لا- کفاره استضعافا للروایه و تمسکا بالأصل فلم نتحققه قبل المصنف، کما عن جماعه الاعتراف به أیضا، کالشهید فی النکت و غیره، بل قیل: لم یحکه أحد عدا المصنف هنا و الفاضل فی القواعد و الإرشاد، نعم قد اختاره جماعه من المتأخرین کالفخر و ثانی الشهیدین فی المسالک و الروضه و سبطه.

لکن فیه أن ضعف الروایه منجبر بما سمعت، فینقطع الأصل بها، مضافا إلی الإجماعین المزبورین المعتضدین بما عن الغنیه من الإجماع علی وجوب الصوم هنا، فلا محیص حینئذ عن القول بالوجوب، إنما الکلام فی أنه تخییری أو مرتب، و الأقوی الأول، لما عرفت، و الأحوط الثانی.

ثم إن سیاق الخبر(۱)المزبور ظاهر فی کون ذلک للمصاب کما قید به المصنف و غیره، بل لا- یبعد إراده من أطلق حتی المرتضی ذلک للانصراف، و دعوی الأولویه ممنوعه، لأن الجز فی المصاب مشعر بعدم الرضا بقضاء الله تعالی دون غیره، نعم لا فرق بین مصاب القریب و البعید، أما اعتبار جز جمیع الشعر فقد جزم به فی المسالک، و فی کشف اللثام إشکال، و لعله من الخلاف فی إفاده مثل هذه الإضافه العموم أو لا، و فیه أنه لا إشکال فی انصراف المقام إلی المتعارف الذی یتحقق فی البعض، بل لو أرید استقصاء الجمیع حقیقه ندر تحققه، و لعله لذا قال فی الریاض:

«و هل یفرق بین کل الشعر و بعضه؟ ظاهر إطلاق الروایه العدم، و استقر به فی الدروس، لصدق جز الشعر و شعرها عرفا بالبعض، و هو أحوط، بل لعله أقرب، لکون جز الکل نادرا، فیبعد حمل النص (۲)علیه».

و یلحق بالجز الحلق و الإحراق کما عن بعض، و هو و إن کان أحوط لکنه لا یخلو من نظر، لعدم اندراجه فی موضوع اللفظ، و عدم الفحوی أو الأولویه المفیده، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۱- من أبواب الکفارات الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۱- من أبواب الکفارات الحدیث ۱.

[الثالثه يجب على المرأه فى نتف شعرها فى المصاب كفاره يمين]

الثالثه:

يجب على المرأه في نتف شعرها في المصاب الذى هو قلعه خلاف الجز الذى هو القص و خدش وجهها و شق الرجل ثوبه في موت ولده أو زوجته كفاره يمين بلا خلاف أجده، كما اعترف به في الروضه، بل في الانتصار الإجماع عليه، و هو الحجه بعد الخبر(۱)المنجبر بما سمعت بل قد سمعت ما حكيناه عن ابن إدريس من دعوى إجماع الأصحاب عليه في تصانيفهم و فتاواهم، ثم قال: «فصار الإجماع هو الحجه، و بهذا أفتي» و من ذلك يعلم ما في نسبه بعض الندب إليه، نعم بعض متأخرى المتأخرين ممن لا يرى العمل إلا بالخبر الصحيح قد مال في المقام إلى القول بالاستحباب، و هو بعد العلم بأن منشأه فساد الطريقه لا يعبأ بخلافه.

و الكلام في تقييد ذلك بالمصاب و في الاجتزاء ببعض الشعر ما سمعته في المسأله السابقه.

نعم ظاهر إطلاق الفتوى فيما عدا النهايه بل و معقد الإجماع الاكتفاء بمسمى الخدش الذى لا يستلزم الإدماء، لكن قد عرفت تقييده بذلك في الخبر(۲)اللهم إلا أن يقال بملازمه الخدش في المصاب للإدماء غالبا، فيبقى غيره على مقتضى الأصل إلا أن الأحوط الاجتزاء بالإطلاق، خصوصا بعد تصريح الفاضل في التحرير بعدم اعتباره معترفا بظهور الخبر فيه.

و لا يعتبر خدش جميع الوجه كما لا عبره بادماء غيره فضلا عن خدشه و لا بشق ثوبها على ولدها أو زوجها و لا بقص الرجل شعره و لا نتفه، إذ المدار على عنوان الحكم في النص و الفتوى، و هو ما لا يشمل ذلك، و القياس و الاستحسان و الاجتهاد من غير ضوابطه الشرعيه غير جائزه في مذهبنا، بل من ذكر حكم النتف مغايرا للجز ينقدح الشك في إلحاق الحلق و الحرق بالجز كما يظهر من بعض، لدعوى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۱- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۱- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

القطع بالمساواه أو الأولويه.

ثم المعتبر فی شق الثوب المتعارف منه فی المصاب، لأنه المنصرف منه لا مطلق شقه کما قیل، بل عن بعض أنه لا فرق فیه بین الملبوس و غیره، و لا بین شقه ملبوسا أو منزوعا، إذ هو کما تری و إن کان أحوط، نعم لا فرق فی متعارفه بین الاستیعاب و عدمه.

کما أن الأحوط ما قیل من عدم الفرق فی الولد بین الذکر و الأنثی و إن نزل، لا ولد الأنثی و إن کان لا یخلو من نظر، لما تحقق فی محله أنه ولد حقیقه أیضا، و دعوی تبادر غیره یجری أیضا فی ولد الذکر، و ما فی الریاض من «أن التعمیم بالإضافه لعله مستفاد من الاستقراء- ثم قال-: و لا ریب أن الأحوط التعمیم مطلقا، بل لا یبعد الحکم به، للفحوی» لا یخفی علیک ما فیه من دعوی الاستقراء و الفحوی، نعم لا إشکال فی أنه أحوط.

کما لا ریب فی ثبوت الحکم فی الزوجه الدائمه سواء کانت حره أو أمه، بل فی الریاض «أنها المتبادر منها نصا و فتوی قطعا، فیرجع فی المتمتع بها إلی الأصل، خلافا لجماعه من أصحابنا، فألحقوها بالأولی، فإن کان إجماع و إلا فیأتی فیه ما مضی، مضافا إلی احتمال کون الصدق علیها مجازا، بل هو الظاهر من الأصول کما مر مرارا إلا أن یستدل علیه بالفحوی».

و فیه أنه لا إشکال، فی صدق الزوجه علیها، و لا ینافیه تخلف بعض أحکامها عنها لأدله مخصوصه، و احتمال المجازیه واضح الضعف، و الأصول لا مدخلیه لها فی الصدق العرفی، و الفحوی التی ذکرها ممنوعه علی وجه تکون مدرکا للحکم مع فرض المجازیه أو عدم الانصراف.

نعم قد یشک فی إلحاق المطلقه رجعیا بها و إن صرح به بعض باعتبار الشک فی عموم المنزله لمثل الفرض مع أنه لا ریب فی کونه أحوط إن لم یکن أقوی خصوصا بعد ملاحظه ثبوت ما هو أخفی من ذلک لها.

أما الأمه فلا ریب فی عدم اندراجها و إن کانت أم ولد، و من الغریب احتمال

إلحاقها أيضا للفحوى التى قد عرفت منعها على وجه تكون دليلا، بل من الاتفاق هنا على العدم يتأيد عدم تحققها، كما هو واضح.

هذا و قد تقدم سابقا الكلام فى حكم الشق حلا و حرمه من الرجل و الامرأه، فلاحظ و تأمل.

كما أنه تقدم الكلام أيضا مفصلا فى:

[الرابعه إنما يجب الكفاره فى وطء الزوجه فى الحيض مع التعمد و العلم بالتحريم و التمكن من التكفير]

الرابعه: التى هى حكم كفاره وطء الزوجه فى الحيض مع التعمد و العلم بالتحريم و التمكن من التكفير فإنه قيل: يستحب، و قيل: يجب، و هو الأحوط بل الأقوى، و كذا تقدم الكلام فى مقدارها الذى هو الدينار و نصفه و ربعه، فلاحظ و تأمل.

و منه أيضا يعلم الحال فيما ذكره غير واحد من أنه لو وطأ أمته حائضا كفر وجوبا بثلاثه أمداد من الطعام بل عن المرتضى الإجماع عليه، و قيل استحبابا، و الأول هو الأقوى أيضا.

[الخامسه من تزوج امرأه فى عدتها فارق و كفر بخمسه أصوع من دقيق]

الخامسه:

من تزوج امرأه فى عدتها فارق و كفر بخمسه أصوع من دقيق و فى وجوبها خلاف فعن صريح جماعه و ظاهر آخرين ذلك أيضا، ل

خبر أبى بصير(۱)عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن امرأه تزوجها رجل فوجد لها زوجا، قال: عليه الحد و عليها الرجم، لأنه قد تقدم بعلم و تقدمت هى بعلم، و كفارته إن لم يقدم إلى الامام أن يتصدق بخمسه أصوع دقيقا»

و المرسل إليه أيضا(۲)عن أبى عبد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۷- من أبواب حد الزنا الحديث ۵ من كتاب الحدود.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۶- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

الله علیه السلام «فی رجل تزوج امرأه و لها زوج، فقال: إذا لم یرفع خبره إلی الإمام فعلیه أن یتصدق بخمسه أصوع دقیقا بعد أن یفارقها»

قیل و المناقشه فی السند مدفوعه بفتوی من عرفت.

و فیه- مع عدم بلوغ ذلک حد الشهره- أن العنوان فی کلامهم ذات العده و فی الخبرین ذات الزوج، و هما متغایران، فما فیهما لا عامل به، و ما فی الفتوی لا شاهد له، و دفع ذلک- بشمولها و لو بترک الاستفصال لذات العده الرجعیه، و لا قائل بالفرق بینها و بین البائنه- کما تری، نعم لا وجه للمناقشه فی الدلاله، لظهور لفظه «علی» و الجمله الخبریه المقصود بها الإنشاء فی ذلک، لکن لا یجدی ذلک فی إثبات المطلوب بعد ما عرفت، بل ما اشتملا علیه من الشرط لم أجد عاملا به، کما اعترف به فی الریاض، و هو موهن آخر لهما، نعم لا بأس بالعمل بهما علی جهه الندب الذی یتسامح فیه.

و لذا قال المصنف الاستحباب أشبه خصوصا بعد حکایه الشهره بین المتأخرین علیه، بل لا بأس بذلک فیما تضمنته الفتوی أیضا و لو للاحتیاط، و فی الانتصار «التکفیر بخمسه دراهم مدعیا علیه الإجماع» و هو غریب، إذ لم نعرف القول به من غیره، کما اعترف به بعضهم، و من هنا حمله بعضهم علی إراده القول الأول، و لکن یجتزأ عن الصاع بدرهم قیمه، و فیه أنه لا دلیل أیضا علی الاجتزاء بذلک فی المقام و لا فی غیره مما کانت الکفاره فیه الإطعام، کما تسمعه إنشاء الله، فالأولی الاقتصار فیها علی الدقیق، و أولی منه اعتبار دقیق الحنطه و الشعیر اللذین هما من جنس ما یخرج فی الکفاره، کما جزم به فی التنقیح، و لعله للانصراف، مؤیدا بالاحتیاط، و الله العالم.

[السادسه من نام عن العشاء حتی تجاوز نصف اللیل أصبح صائما من دون کفاره]

السادسه:

من نام عن العشاء حتی تجاوز نصف اللیل أصبح صائما علی روایه فیها ضعف بالإرسال و هی روایه

عبد الله بن المغیره(۱)عمن حدثه عن الصادق علیه السلام «فی رجل نام عن العتمه و لم یقم إلا بعد انتصاف اللیل، قال: یصلیها و یصبح صائما»

و فی الانتصار بعد أن ذکره من متفردات الإمامیه و حکی عن الفقهاء الخلاف فی ذلک قال: «دلیلنا علی صحه قولنا- بعد الإجماع الذی تردد- الطریقه التی ذکرناها من قوله تعالی (۲)«وَ افْعَلُوا الْخَیْرَ» و أمره عز و جل بالطاعه(۳)» بل عن الغنیه نحو ذلک أیضا.

و لکن مع ذلک و کونه أحوط لعل الاستحباب أشبه بأصول المذهب و قواعده التی من مقتضاها عدم حجیه المرسل المذکور و إن کان الذی أرسله إمامیا من أصحاب الإجماع کما حرر فی محله، و إجماع السیدین کغیره من إجماعات القدماء لا وثوق بالمراد منها علی وجه تستریح النفس فی الفتوی بها بالوجوب و الحرمه، و إن قلنا بحجیه الإجماع المنقول لکن فی الغالب ینقلونه علی مقتضی العمومات و نحوها، أو علی غیر ذلک مما لا یفید فی إثبات المطلوب.

و دعوی انجبار المرسل بصریح فتوی جماعه من القدماء و ظاهر باقیهم لأمرهم به الظاهر فی الوجوب لم نتحققها فی غیر المرتضی، بل و فیه أیضا، خصوصا بعد ملاحظه ما وقع لهم غیر مره من التعبیر عن المندوب بالوجوب و عن المکروه بالعصیان، علی أن المحکی عن الشیخین أنهما أطلقا الإصباح صائما، و مع ذلک معارض بما

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب المواقیت الحدیث ۸ من کتاب الصلاه مع اختلاف یسیر، و فی التهذیب ج ۸ ص ۳۲۳ کالجواهر.

۲- ۲ سوره الحج: ۲۲- الآیه ۷۷.

۳- ۳ سوره آل عمران: ۳- الآیه ۳۲ و ۱۳۲.

عن ابن إدريس و من تأخر عنه كالمصنف و الفاضل و غيرهما من التصريح بالندب، فهو موهن لها، مؤيدا بمعلوميه كون الأصل فى الكفاره أن تكون عن ذنب، و ليس فى الفرض بناء على أن ذلك كفاره، كما هو ظاهر الأصحاب أو صريحهم، إلا أن يكون المراد نام عنها عمدا، و هو خلاف الظاهر.

كل ذلك مع عدم تعرض الخبر المزبور لقضاء ذلك اليوم لو فرض تعذر صومه بعذر شرعى كحيض أو سفر أو مرض أو غير ذلك، كما أنه لا- تعرض فيه لحكمه لو أفطره عمدا و إن قال فى الدروس: «و لو أفطر فى ذلك اليوم أمكن وجوب الكفاره لتعينه، و عدمه لتوهم أنه كفاره و لا كفاره فيها، و لو سافر فيه فالأقرب الإفطار و القضاء، و كذا لو مرض أو حاضت المرأه، مع احتمال عدم الوجوب فيهما و فى السفر الضرورى، لعدم قبول المكلف الصوم، و كذا لو وافق العيد أو التشريق، و لو وافق صوما متعينا فالأقرب التداخل، مع احتمال قضائه».

لكن الجميع كما ترى مجرد تهجس، بل لعل إهمال ذلك كله و غيره دليل الاستحباب الذى يقع فيه مثل هذا الإهمال بخلاف الواجب، مضافا إلى ما فى النهايه من التعبير بأنه «يصبح صائما كفاره لذنبه فى النوم عنها إلى ذلك الوقت» و نحوه فى الانتصار، و من المعلوم عدم الذنب على النائم، فهو أماره أخرى للندب فى كلامهم.

فمن الغريب ما فى الرياض من الميل إلى الوجوب، بل فى بعض كلامه نفى الاشكال عنه، إذ قد ظهر لك أن الأمر بالعكس، و الله العالم.

و على كل حال فلا يلحق به ناسى غير العشاء بالنوم قطعا.

[السابعه من نذر صوم يوم فعجز عنه]

السابعه قال الشيخ فى النهايه التى هى متون أخبار من نذر صوم يوم فعجز عنه أطعم مسكينا مدين ل

خبر إسحاق بن عمار(۱)عن الصادق عليه السلام «فى رجل يجعل عليه صياما فى نذر و لا يقوى، قال: يعطى من يصوم عنه كل يوم مدين»

و فى خبر آخر(۲)«عن رجل نذر صياما فثقل عليه الصوم، قال: تصدق عن كل يوم بمد من حنطه»

مضافا إلى

الصحيح (۳)المتقدم سابقا «من عجز عن نذر نذره فعليه كفاره يمين»

بناء على ما قلناه فيه.

و لكن اختلاف متنها و ضعف سند الأولين منها و عدم وضوح دلاله الأول منها أيضا يشهد للندب على تفاوت مراتبه، خصوصا بعد ملاحظه قاعده سقوط النذر بالعجز عنه من غير استتباع الكفاره التى قد عرفت أصاله كونها عن ذنب.

و إليه أشار المصنف بقوله و ربما أنكر ذلك قوم بناء على سقوط النذر مع تحقق العجز و حينئذ يسهل الأمر فى مدرك قوله فان عجز تصدق بما استطاع، فان عجز استغفر الله تعالى الذى قد اعترف بعض الناس بعدم العثور عليه، للتوسع فى الندب الذى يكفى فيه هنا إطلاق بعض النصوص (۴)فى مطلق العجز عن الكفاره، و قاعده «لا يسقط» و نحو ذلك مما لا يكفى فى الندب و يكفى فى الوجوب.

هذا و فى التنقيح «عن المفيد يقضى و لا كفاره، و عن ابن إدريس إن رجى زوال

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من كتاب النذر و العهد الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من كتاب النذر و العهد الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب الكفارات الحديث ۵.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الكفارات.

العجز أفطر و قضـى من غير كفـاره- ثم قال-: و فى الكل نظر، لأن ذلك اليوم إما معين أو غيره، و الثانى يأتى به أى وقت شاء و لا كفاره، و الأول لا إثم عليه مع العجز، فلا وجه لوجوب الصدقه و الاستغفار».

قلت: ظـاهر هـذه الكلمـات فرض المسـأله فى العجز عنه بعـد الشـروع فيه، و عبـاره المصـنف و غيره لا تأباه كالخبرين و إن كان فرض المسأله فى الأعم أولى، لأن الحكم نـدبى، و كـذا لا فرق بين المعين و غيره مع فرض العجز الظاهر فى الاسـتمرار، و الأمر سهل.

و من المندوب

ما عن الصادق عليه السلام (۱)من أن «كفاره عمل السلطان: قضاء حوائج الإخوان».

و «كفاره المجالس أن تقول عنـد قيامك منها: سُـبْحانَ رَبِّکَ رَبِّ الْعِزَّهِ عَمَّا يَصِـفُونَ، وَ سَـلامٌ عَلَى الْمُرْسَـلِينَ، وَ الْحَمْـدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعالَمِينَ»(۲).

و «كفاره الضحک: اللهم لا تمقتنى»(۳).

و «سئل رسول الله صلى الله عليه و آله ما كفاره الاغتياب؟ فقال: تستغفر لمن اغتبته»(۴)

و قد تقدم الكلام فى ذلک فى بحث الغيبه.

و قال عليه السلام (۵)أيضا: «الطيره على ما تجعلها، إن هونتها تهونت و إن شددتها تشددت، و إن لم تجعلها شيئا لم تكن شيئا»

و قال رسول الله صلى الله عليه و آله (۶): «كفاره الطيره التوكل».

و قد سمعت ما فى

خبر خالد(۷)عنه عليه السلام أيضا من أنه «لا شى ء فى اللطم على

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۳- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۷- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳۴- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۳۲- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۳۵- من أبواب الكفارات الحديث ۲.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۳۵- من أبواب الكفارات الحديث ۲.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب الكفارات الحديث ١.

الحدود سوى الاستغفار و التوبه».

[المقصد الثالث فى خصال الكفارات]

اشاره

المقصد الثالث فى تفصيل حكم خصال الكفارات، و هى العتق و الصيام و الإطعام

[القول فى العتق]

اشاره

ف القول أولا فى العتق و لا إشكال كما لا خلاف فى أنه يتعين على الواجد فى الكفارات المرتبه لأنه العنوان للحكم كتابا(۱)و سنه(۲)و معقد إجماع، و مرجعه إلى العرف.

و حينئذ ف يتحقق الوجدان بملك الرقبه فاضله عن حاجته لرفعه أو مرض، كما صرح به غير واحد و إن كان عدم تحقق الصدق خصوصا فى الأول لا يخلو من نظر.

و كذا يتحقق عرفا بملك الثمن فاضلا عن المستثنيات مع إمكان الابتياع أى الاعتياض بلا مجازفه تضر فى الحال على نحو ما سمعته فى الوجدان للماء و عدمه، بل بملاحظه ذلك المقام يظهر لك جريان كثير من فروعه هنا، على أنه ستسمع تعرض المصنف لجمله أخرى، فلاحظ و تأمل.

[الأوصاف المعتبره فى الرقبه]

اشاره

و (۱۱) على كل حال ف يعتبر فى الرقبه ثلاثه أوصاف:

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآيه ۹۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الكفارات.

[الأول الإيمان]

الوصف الأول:

الإيمان أی الإسلام و هو معتبر فی کفاره القتل عمدا و خطأ إجماعا بین المسلمین بقسمیه بعد تصریح الکتاب العزیز به فی الخطأ منه (۱)المعلوم إراده ذلک فیه من حیث إنه کفاره قتل، لا من حیث کونه خطاء، و من هنا لم یفرق أحد بینه و بین العمد الذی هو أولی منه باعتبار ذلک، بل إیجاب الجمع علیه قرینه علی إراده جنس کفاره الخطأ منه، إلا أن الفرق بینهما بالترتیب و الجمع، مضافا إلی ما قیل من إطلاق النصوص (۲)التی فیها الصحیح و غیره و إن کان فیه ما فیه.

نعم فی غیرها کالظهار مثلا علی التردد و الخلاف و الأشبه اشتراطه وفاقا للمحکی عن السید و الشیخ و الحلی و غیرهم، بل فی الریاض و غیره نسبته إلی الأکثر، بل عن انتصار الأول و کشف الحق الإجماع علیه و إن کنا لم نتحققه فی الأول فی خصوص المقام، نعم فی ذلک بالنسبه إلی أصل عتق الکافر، لا لقاعده حمل المطلق علی المقید و إن اختلف السبب التی تحقق فی الأصول خلافها، بل لظهور اتحاد المراد بخصال الکفاره و إن اختلف السبب باعتبار کونها عباده واحده بکیفیه خاصه من غیر مدخلیه لاختلاف أسبابها کالغسل مثلا.

مؤیدا ذلک ب

صحیح محمد بن مسلم (۳)عن أحدهما علیهما السلام الوارد فی الظهار قال:

«و الرقبه یجزئ عنها صبی ممن ولد فی الإسلام»

و الخبر(۴)الوارد فی کفاره

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۹۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الکفارات و الباب- ۱۷- من کتاب العتق.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الکفارات الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸- من أبواب ما یمسک عنه الصائم الحدیث ۱۱ من کتاب الصوم.

شهر رمضان «من أفطر يوما منه فعليه عتق رقبه مؤمنه»

و الخبرين (۱)المتقدمين فی کفاره المفطر یوما نذره علی التعیین من غیر عذر الذی فیهما «وَ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ».

و بقاعده الاحتیاط الواجب مراعاتها عند کثیر فی مثل المقام تحصیلا للبراءه الیقینیه من یقین الشغل.

و بما دل علی عدم جواز عتق الکافر من الإجماع المحکی، و

خبر سیف بن عمیره(۲)عن الصادق علیه السلام المنجبر سندا و دلاله بالشهره و الإجماع المحکی «أ یجوز للمسلم أن یعتق مملوکا مشرکا؟ قال: لا»

و قول الله تعالی شأنه (۳)«وَ لا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ» المشعر بالعلیه باعتبار تعلیق الحکم علی الوصف فی إراده الخباثه من حیث هی مطلق، سواء کانت لرداءه المال أو لفساد العقیده.

بل قیل: ربما کانت الخباثه من هذه الجهه أولی بالعلیه فی نحو المسأله المعتبر فیها قصد القربه بالإجماع و المعتبره(۴)و أی قربه فی عتق رقبه محاده لله تعالی، بل هی مواده صرفه منعت منها الآیه الآخری (۵)إلا أنها فی المشرک خاصه، لتصریح الآیه الآخری بالجواز فی أهل الذمه(۶)المؤیده هنا

بالمروی من فعل علی علیه السلام (۷)«أنه أعتق عبدا نصرانیا فأسلم»

لکن یمکن الذب عن الاختصاص هنا بعدم القائل بالفرق، فان کل من منع من المشرک منع من غیره أیضا، و المعارضه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب بقیه الصوم الواجب الحدیث ۱ و ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من کتاب العتق الحدیث ۵.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۶۷.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴ و ۶- من کتاب العتق و الباب- ۱۳- من کتاب الوقوف و الصدقات.

۵- ۵ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۲۲ و سوره الممتحنه: ۶۰- الآیه ۱.

۶- ۶ سوره الممتحنه: ۶۰- الآیه ۷.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۱۷- من کتاب العتق الحدیث ۲.

بالمثل هنا و إن أمكنت إلا أن دفعها ممكن بعد اشتهار الأخذ بالایه الاولی، و هو من أقوی المرجحات، و غیر ذلک مما ستعرفه فی محله، و إن کان فی بعضها ما فیه، خصوصا الآیه التی یمکن الجزم و لو بمعونه ما ورد(۱)فیها من التفسیر بإراده الرداءه من الخبث فیها من حیث المالیه الذی هو مقتضی المفهوم من قوله تعالی (۲)«لَنْ تَنالُوا الْبِرَّ حَتَّی تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ» و من غیره علی وجه لا مدخلیه لخبث العقیده و إن کانت مالیه تامه، بل قد یقال: إن المنساق من الإنفاق غیر العتق، فما عن الإسکافی و الشیخ و غیرهما- من الجواز للإطلاق الذی یجب الخروج عنه بما عرفت- ضعیف.

و کیف کان ف المراد بالایمان هنا الإسلام الذی هو الإقرار بالشهادتین أو حکمه الحاصل بسبب إسلام أحد الأبوین و لا یعتبر مع ذلک العلم بالتصدیق القلبی الذی لا یمکن الاطلاع علیه، و إن کان هو الإیمان حقیقه کما یومئ إلیه قوله تعالی (۳)«قُلْ: لَمْ تُؤْمِنُوا وَ لکِنْ قُولُوا: أَسْلَمْنا» لکن الشارع أجری علی المقر حکم المؤمن قلبا مع فرض عدم الاطلاع علی حاله، بل ربما تعدی بعضهم فأجری علیه حکم المسلم مع العلم بنفاقه مطلقا أو فی بدء الإسلام، إلا أن الأصح خلافه، کما حققناه سابقا.

و کذا لا یعتبر الایمان بالمعنی الأخص الحادث الذی هو بمعنی الإقرار بالأئمه الاثنی عشر، لتأخره عن زمن الخطابات، خلافا للتنقیح فاعتبره، حاکیا له عن ابن إدریس، لقاعده الشغل التی هی غیر مقعده(۴)هنا، و کأن الذی غره فی ذلک ما ذکره الفخر فی الإیضاح من تحریر الخلاف بین القائلین باشتراط الإسلام، فحکی عن المرتضی و ابن إدریس- و والده منهم- القول بالاشتراط و اختاره،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۹- من أبواب زکاه الغلات من کتاب الزکاه.

۲- ۲ سوره آل عمران: ۳- الآیه ۹۲.

۳- ۳ سوره الحجرات: ۴۹- الآیه ۱۴.

۴- ۴ هکذا فی النسخه الأصلیه و الاولی «غیر متبعه» أو «غیر مفیده».

و عن غيرهم العدم.

و الظاهر عدم خلاف بين الأصحاب كذلك، بل ليس هو إلا في الايمان بمعنى الإسلام، نعم اعتبر بعضهم الإسلام الملازم للايمان الذي هو بمعنى الإذعان، و إلا فالمسأله محرره بين الخاصه و العامه في اشتراط الايمان و عدمه في غير كفاره القتل، فالجميع بين قولين.

نعم لعل المرتضى و ابن إدريس من القائلين بعدم إجزاء عتق المخالف، لكفره عندهم، و هو غير ما حرره من البحث. و من هنا أطنب الصيمري في الإنكار عليه، بل ادعى الإجماع على عدم اعتبار الايمان بالمعنى المزبور، و هو في محله، بل قول والده في القواعد: «و الأقوى اعتبار الايمان» بمعنى إراده التصديق منه لا الايمان بالمعنى المتأخر، و على تقديره فهو واضح الضعف كالأول أيضا و إن استدل له بأن غيره خبيث، و ب

خبر ناجيه(۱)قال: «رأيت رجلا عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له:

جعلت فداك إني أعتقت خادما لي و هو ذا أطلب شراء خادم لي منذ سنين فما أقدر عليها، فقال: ما فعلت الخادم؟ فقال: حيه، فقال: ردها في مملكتها، ما أغنى الله تعالى عن عتق أحدكم تعتقون اليوم و يكون علينا غدا، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا عارفا»

و خبر الحلبي (۲)الذي ستسمعه.

إلا أنه كما ترى، ضروره منع تناول الآيه(۳)للمفروض، و قصور الخبر عن الحجيه، و احتمال إراده غير المسلم، و الناصب من غير العارف، أو ضرب من الكراهه، أو غير ذلك، و خبر الحلبي لا جابر له، خصوصا بعد إطلاق الأدله، و خصوص

صحيح الحلبي (۴)قلت لأبي عبد الله عليه السلام «الرقبه تعتق من المستضعفين، قال: نعم»

و خبر علي بن أبي حمزه(۵)عن العبد الصالح عليه السلام «فيمن أوصى بعتق

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من كتاب العتق الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الكفارات الحديث ۵.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۶۷.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۷- من كتاب العتق الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۷- من كتاب العتق الحديث ۴.

نسمه- إلى أن قال-: فليشتروا من عُرض الناس ما لم يكن ناصبا.»

و كيف كان ف يستوى فى الإجزاء الذكر و الأنثى و الصغير و الكبير لصدق الرقبه و لكن ينبغى أن يعلم أن الطفل بحكم المسلم، و يجزئ إذا كان أبواه مسلمين للسيره القطعيه فى جميع الأحكام حتى القتل به أو أحدهما و لو حين يولد أو بعد الولاده، لنصوص (۱)تبعيه أشرف الأبوين، من غير فرق بين أن يموت قبل أن يبلغ و يصف الإسلام و بعده، خلافا للعامه، فإن لهم اختلافا فى ذلك.

نعم فى روايه من طرقنا لا يجزئ فى القتل خاصه إلا البالغ الحنث، و هى حسنه

معمر بن يحيى (۲)عن الصادق عليه السلام «سألته عن الرجل يظاهر من امرأته يجوز عتق المولود فى الكفاره، فقال: كل العتق يجوز فيه المولود إلا فى كفاره القتل، فان الله تعالى يقول فَتَحْرِيرُ رَقَبَهٍ مُؤْمِنَهٍ(۳)يعنى بذلك مقره قد بلغت الحنث».

و نحوه

مرسل الحسين بن سعيد(۴)عن أبى عبد الله عليه السلام «قال رسول الله صلى الله عليه و آله:

كل العتق يجوز له المولود إلا فى كفاره القتل، فان الله تعالى يقول فَتَحْرِيرُ رَقَبَهٍ مُؤْمِنَهٍ، يعنى بذلك مقره قد بلغت الحنث، و يجوز فى الظهار صبى ممن ولد فى الإسلام».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۰- من كتاب العتق و الباب- ۳- من أبواب حد المرتد الحديث ۷ و الباب- ۶- من أبواب المستحقين للزكاه و الباب- ۴۳- من أبواب جهاد العدو الحديث ۱ من كتاب الجهاد.

۲- ۲ أشار إليه فى الوسائل الباب- ۷- من أبواب الكفارات الحديث ۶ و ذكره فى الكافى ج ۷ ص ۴۶۲.

۳- ۳ سوره النساء: ۴- الآيه ۹۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الكفارات الحديث ۶.

و فی

خبر الحلبی (۱)عنه علیه السلام أیضا «لا یجوز فی القتل إلا رجل، و یجوز فی الظهار و کفاره الیمین صبی».

و فی خبره الآخر(۲)عنه علیه السلام أیضا فی قول الله عز و جل (۳)«فَتَحْرِیرُ رَقَبَهٍ مُؤْمِنَهٍ» قال: «یعنی مقره بالإمامه»

و نحوه

خبره الثالث (۴)عنه علیه السلام أیضا بدون قوله: «بالإمامه».

و فی خبر مسمع (۵)عنه علیه السلام «لا یجزئ فی کفاره القتل إلا رقبه قد صلت و صامت، و یجزئ فی الظهار ما صلت و لم تصم».

و لکنه لم یعرف العمل بهذه النصوص إلا من الإسکافی و الکرکی فی حاشیه الکتاب و بعض متأخری المتأخرین، فهی فی الحقیقه مهجوره لا تصلح مقیده لإطلاق ما دل علی التبعیه المزبوره المستفاده من لحوق حکم الارتداد له لو وصف الکفر بعد بلوغه و إن لم یتلفظ بالشهادتین، و من قوله تعالی (۶)«وَ اتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّیَّتُهُمْ بِإِیمانٍ أَلْحَقْنا بِهِمْ ذُرِّیَّتَهُمْ» بناء علی أن المراد به إلحاق الذریه فی الإیمان و غیر ذلک، المؤید ب

خبر کردویه الهمدانی (۷)عن أبی الحسن علیه السلام فی قوله تعالی «فَتَحْرِیرُ رَقَبَهٍ مُؤْمِنَهٍ»: «کیف تعرف المؤمنه؟ قال: علی الفطره»

و خبر السکونی (۸)عن جعفر بن محمد عن أبیه عن علی علیهم السلام «الرقبه المؤمنه التی ذکرها الله تعالی إذا عقلت، و النسمه التی لا تعلم إلا ما قلته و هی صغیره»

و خبر المبارک (۹)عن أبی عبد الله علیه السلام «قلت له: جعلت فداک الرجل یجب علیه عتق رقبه مؤمنه فلا یجدها کیف یصنع؟ فقال: علیکم بالأطفال فأعتقوهم فإن خرجت مؤمنه فذاک، و إن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الکفارات الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الکفارات الحدیث ۵.

۳- ۳ سوره النساء: ۴- الآیه ۹۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الکفارات الحدیث ۱۰.

۵- ۵ المستدرک الباب- ۶- من أبواب الکفارات الحدیث ۳ عن موسی عن أبیه، عن جده.

۶- ۶ سوره الطور: ۵۲- الآیه ۲۱.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الکفارات الحدیث ۷.

٨- ٨ الوسائل الباب- ٧- من أبواب الكفارات الحديث ٨.

٩- ٩ الوسائل الباب- ٧- من أبواب الكفارات الحديث ٣.

لم تخرج مؤمنه فليس عليكم شی ء»

و لکن مع ذلک لا ینبغی ترک الاحتیاط.

و کیف کـان ف لا یجزئ الحمل و إن کان أبواه مسـلمین و انفصل بعـد ذلک حیا بلا خلاف أجـده فیه، لأصاله الشـغل السالمه عن معارضه إطلاق الأدله المنصرف إلی غیره و إن کان هو بحکم المسلم حتی أن الجانی علیه یضمنه کالمسلم علی تقدیر موته بعـد انفصاله حیا، لکن لا یلحقه فی الشـرع حکم الأحیاء حملا، و لـذا لا تجب فطرته، و للعامه وجه بالاجتزاء إن انفصل لما دون سته أشهر.

و إذا بلغ المملوک أخرس و أبواه کافران فأسـلم بالإشاره القائمه مقام لفظه بعد بلوغه حکم بإسلامه و أجزأ بلا خلاف أجده فیه و لا إشکال بعد ملاحظه ما دل (۱)علی قیامها مقام اللفظ فی العباده و غیرها، و قد

روی (۲)هنا «أن رجلا جاء إلی النبی صلی الله علیه و آله و معه جاریه أعجمیه أو خرساء،

فقـال: یـا رسول الله علی عتق رقبه فهل تجزئ عنی هـذه؟ فقال صـلی الله علیه و آله: أین الله تعالی؟ فأشارت إلی السـماء. ثم قال صلی الله علیه و آله: من أنا؟ فأشارت إلی أنه رسول الله، فقال صلی الله علیه و آله له: أعتقها فإنها مؤمنه».

و لا یفتقر مع وصف الإسلام فی الإجزاء إلی الصلاه کما عن بعض العامه، و ربما حمل علی ما إذا لم تکن الإشاره مفهمه.

و یکفی فی الإسـلام عنـدنا الإقرار بالشـهادتین بل و الایمان بمعنی التصـدیق إلا أن یعلم خلافه و لا یشترط مع ذلک التبری مما عدا الإسلام (۱۱) لإطلاق الأدله و السـیره المسـتمره من زمانه صـلی الله علیه و آله إلی یومنا هـذا، نعم عن العامه قول بذلک، و آخر بـاشتراطه إن کـان ممن یعتقـد رسالته صـلی الله علیه و آله فی الجمله، کقوم من الیهود یزعمون أنه رسول العرب خاصه، و اخری أنه سیبعث، بـل عن الشـیخ فی المبسوط اختیاره، و منهم من قال: من أتی بالشـهادتین بما یخالف اعتقاده حکم بإسـلامه، فالوثنی و المعطل إذا شهد بالتوحید حکم بإسلامه، و منهم من

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۹- من أبواب القراءه فی الصلاه الحدیث ۱ من کتاب الصلاه.

۲- ۲ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۸۸ و فیه «أتی بجاریه سوداء».

اکتفی بالإسلام بالإقرار بصلاه توافق ملتنا أو حکم یختص بشی ء، و الجمیع کما تری.

و لا- یحکم بإسلام المسبی من أطفال الکفار سواء کان معه أبواه الکافران أو انفرد به السابی المسلم وفاقا للمشهور بین الأصحاب سیما المتأخرین کما فی المسالک، لعدم الدلیل علیها، بل هو علی خلافها، ضروره بقائه علی حکم التبعیه قبل السبی، خصوصا إذا کان معه أبواه، نعم قد یقال بانقطاعها بالنسبه إلی الطهاره فی صوره انفراده عنهما، للأصل الذی یکفی فیه الشک فی بقاء حکم التبعیه السابقه، مضافا إلی السیره، و من هنا فصل بعضهم بینها و بین العتق مثلا، فأجری علیه حکم المسلم فی الأول بخلاف الثانی، و اختاره فی المسالک.

اللهم إلا أن یقال: إنها متحققه فیها فی غیرها من العتق و الصلاه و دفنه فی قبور المسلمین و غیر ذلک، و ربما کان فی إطلاق ما سمعته من النصوص (۱)الآمره بعتق الأولاد شهاده علی ذلک.

مضافا إلی نصوص الفطره(۲)بناء علی أن معناها الولاده علی الإسلام، إلا أن الأبوین یهودانه و ینصرانه بذکر التقریبات له، و تربیته علی ذلک، أو أن معناها الولاده علی الإسلام إلا أن أبویه یهودانه مثلا بالتبعیه له و التربیه عنده، فمتی انقطعت عاد إلی حکم مقتضی الفطره، و مقتضاها الحکم بإسلام المتولد منهم بموتهما عنه و بقاؤه منفردا لولا الإجماع، و ربما کان أیضا فی

خبر السکونی (۳)دلاله علی المطلوب أیضا، لقوله: «و النسمه التی لا نعلم إلا ما قلته و هی صغیره».

و لعله لذلک و غیره کان خیره الدروس ذلک، و هو لا یخلو من قوه، و قد تقدم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الکفارات الحدیث.
۲- ۲ الکافی ج ۲ ص ۱۲ و الوسائل الباب- ۴۸- من أبواب جهاد العدو الحدیث ۳ و البحار ج ۶۷ ص ۱۳۰.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الکفارات الحدیث ۸.

بعض الكلام فى المسأله سابقا، و تمامه فى كتاب الجهاد(۱).

و لو أسلم المراهق المميز لم يحكم بإسلامه لإطلاق ما دل على (۲)سلب عبارته مؤيدا بما سمعته من النصوص (۳)التى ذكرناها للإسكافى المشتمله على اعتبار البلوغ لتحقق الايمان، و لكن مع ذلك قال المصنف على تردد و لعله لاعتبار عبارته فى الوصيه و غيرها مما تقدم سابقا، و الإسلام أولى منها بذلك.

و فيه أنه لا- يخرج عن القياس الممنوع عندنا، نحو التعليل بأن الإسلام يتعدى من فعل الأب إليه على تقدير كون أحد أبويه مؤمنا، فمباشرته للايمان مع عدم أبويه أقوى، و إطلاق ما دل (۴)على حصول الإسلام بقول الشهادتين إنما هو لبيان عدم الحاجه إلى قول آخر غير قولهما، نحو إطلاق «كل عقد و إيقاع» المعلوم تقييده بصحه العباره.

م هل يفرق بينه و بين أبويه؟ قيل: نعم صونا له أن يستزلاـ عن عزمه و إن كان بحكم الكافر و إن كان لا يخفى عليك عدم صلاحيه ذلك لإثبات الوجوب على وجه ينقطع به حكم ذمه الوالدين لو كان ذميا مثلا.

هذا و فى المسالك «و ينبغى القول بتبعيته حينئذ للمسلم فى الطهاره إن لم نقل بإسلامه، حذرا من الحرج و الضرر اللاحقين بمن يحفظه

من المسلمين إلى أن يبلغ، إذ لو بقى محكوما بنجاسته لم يرغب فى أخذه، لاقتضائه المباشره غالبا، و ليس للقائلين بطهاره المسبى دليلاـ و وجها بخصوصها دون باقى أحكام الإسلام سوى ما ذكرناه و نحوه» و هو كما ترى أيضا، خصوصا عدم الفرق بينه و بين المسبى.

۱- ۱ ج ۲۱ ص ۱۳۴ الى ۱۴۰.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من كتاب الحجر و الباب- ۳۲- من مقدمات الطلاق من كتاب الطلاق.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الكفارات.

۴- ۴ الكافى ج ۲ ص ۲۵.

[الثانی السلامه من العیوب]

الوصف الثانی:

السلامه من العیوب المسببه عتقه بلا خلاف و لا إشکال فلا یجزئ الأعمی و لا الأجذم و لا المقعد و لا المنکل به، لتحقق العتق بحصول هذه الأسباب فلا یحصل التحریر المأمور به فی الکفاره، و فی

الموثق (۱)عن الباقر علیه السلام «لا یجزئ الأعمی فی الرقبه، و یجزئ ما کان منه مثل الأقطع و الأشل و الأعرج و الأعور، و لا یجزئ المقعد»

و قال أمیر المؤمنین علیه السلام فی خبر السکونی (۲): «فی العبد الأعمی و الأجذم و المعتوه لا یجوز فی الکفارات، لأن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم أعتقهم»

و فی

خبر أبی البختری (۳)«لا یجوز فی العتاق الأعمی و المقعد، و یجوز الأشل و الأعرج»

و فی

المحکی عن قرب الاسناد(۴)«لا یجوز فی العتاق الأعمی و المقعد»

و فی

خبر علی بن جعفر المروی عنه أیضا(۵)سأل أخاه علیه السلام «عن رجل علیه عتق نسمه أ یجزئ عنه أن یعتق أعرج أو أشل؟ فقال: إن کان ممن تباع أجزأ عنه إلا أن یکون وقت علی نفسه شیئا، فعلیه ما وقت».

نعم لا خلاف معتد به و لا إشکال فی إجزاء الناقص نقصانا لا یخل باکتسابه و لا ینقص مالیته، کقطع بعض أنامله و نقصان بعض أصابعه، بل الأقوی أنه یجزئ مع غیر ذلک من العیوب المنقصه لمالیته و المخله باکتسابه کالأصم و الآخرس و من قطعت إحدی یدیه أو إحدی رجلیه لصدق الرقبه، بل عن الخلاف و المبسوط الإجماع علیه فی الأعور، خلافا للمحکی عن المبسوط من أن مقطوع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۷- من أبواب الکفارات الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۷- من أبواب الکفارات الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۷- من أبواب الکفارات الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۳- من كتاب العتق الحديث ۵ و فيه« الا-عمى و الأعور» و فى البحار ج ۱۰۴ ص ۱۹۷ « الاعمى و الأعور و المقعد» كما أشار الى هذا اللفظ فى الوسائل نقلا عن الحميرى فى الباب- ۲۷- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲۷- من أبواب الكفارات الحديث ۴.

الیدین أو الرجلین أو الید و الرجل من جانب واحد لا یجزئ بغیر خلاف، مع أن المحکی عنه

أیضا أنه قال بعد تفصیل مذاهب الناس فی ذلک: «و الذی نقوله فی هذا الباب الآفات التی ینعتق بها لا یجزئ معها، فأما من عدا هؤلاء فالظاهر أنه یجزؤه» و هو مخالف لما سمعته منه. و من ذلک یظهر ضعف المحکی من نفی الخلاف، بل قیل: إن المراد به بین الناس.

فما عن الإسکافی- من عدم إجزاء الناقص فی الخلقه ببطلان الجارحه إذا لم یکن فی البدن سواها، کالخصی و الأصم و الآخرس، دون الأشل من ید واحده و الأقطع منها- شاذ ضعیف یمکن تحصیل الإجماع علی خلافه.

و کذا یجزئ السقیم و إن بلغ به السقم إلی حد التلف للصدق المزبور، خلافا للمحکی عن المبسوط فی المأیوس عن برئه، و لما عن العامه فی الهرم العاجز عن الکسب.

و کذا من قدم للقتل دون من لم یقدم و إن وجب قتله، نعم فی القواعد و لو أعتق من لا حیاه له مستقره فالأقرب عدم الاجزاء، و لعله لکونه بحکم المیت، کما ینبه علیه حکم الذبیحه، مع أن الأقوی خلافه فی المقامین، کما هو محرر فی محله.

نعم لو قطعت رجلاه لم یجز، لتحقق الإقعاد الموجب للعتق.

هذا و قد یقال: إن المراد مما فی النصوص (۱)عدم إجزاء ذوی هذه الأوصاف بالکفاره و لو کانوا مملوکین، کما لو فرض أنهم سبوا کذلک بناء علی جواز سبیهم لإطلاق الأدله، و یکون

الوجه فی اختصاص هذه الأوصاف أنها توجب العتق لو فرض عروضها علی الملک، و هذا معنی

قوله علیه السلام (۲)«لأن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم أعتقهم»

بل یمکن حمل کلام الأصحاب علی ذلک أیضا، بل و تعلیلهم فی غیر صوره التنکیل، کل ذلک مع عدم تصور العتق للمعتوق حتی یجعل من شرائط الکفاره،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۷- من أبواب الکفارات.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۷- من أبواب الکفارات الحدیث ۳.

فتأمل جيدا، و الله العالم.

و يجزئ ولد الزنا إذا بلغ و وصف الإسلام، لإطلاق الأدله، بل عن المبسوط الإجماع عليه، و في

خبر سعيد بن يسار(۱)عن الصادق عليه السلام «لا بأس أن يعتق ولد الزنا»

و منعه قوم استسلافا لوصفه بالكفر أو لقصوره عن صفه الإيمان بل عن المرتضى و ابن إدريس الإجماع على ذلك و إن كان موهونا باعراض الأكثر عنه و الإجماع المحكي، و آيه(۲)«لا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ» إلى آخره لا تشمله بعد وصفه الإسلام، بل و قبله بناء على ما عرفت من المراد منها سابقا، كما أن نفي الخير في ولد الزنا في

النبوي (۳)قال: «لا في لحمه و لا في دمه و لا في جلده- إلى أن قال- و لا في شي ء منه»

مع عدم الجابر لا ينافي عتقه أيضا و لذا قال المصنف:

هو ضعيف.

نعم لا يجزئ ولد الزنا قبل البلوغ، لعدم التبعيه فيه، كما جزم به في التنقيح و غيره، و إن حكمنا بطهارته للأصل الذي مقتضاه ذلك حتى لو كان بين كافرين فضلا عن أن يكون بين مسلم و كافر، كما حققنا جميع ذلك و غيره في محله.

لكن في الدروس هنا «يتحقق إسلام ولد الزنا بالمباشره بعد البلوغ و بتبعيه السابي و في تحققه بسبب الولاده من المسلم نظر، من انتفائه عنه شرعا، و من تولده عنه حقيقه، فلا يقصر عن السابي» و في شرح الصيمري «و هو المعتمد».

قلت: حكمه بجواز سبيه مستلزم للحكم بتبعيته، و لولاها أشكل استرقاقه، خصوصا بناء على بعض ما ذكر في تفسير

قوله صلى الله عليه و آله (۴)«كل مولود يولد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من كتاب العتق الحديث ۱.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۶۷.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ۷ من كتاب النكاح و هو خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴۸- من أبواب جهاد العدو الحديث ۳ و الكافي ج ۲ ص ۱۳ و صحيح مسلم ج ۸ ص ۵۲ ط عام ۱۳۳۴.

على الفطره»

إلى آخره إن يرد الولاده الشرعيه، فلا معنى للنظر فى تبعيته للمسلم، إذ لا فرق فيها بالنسبه إليهما.

نعم قد يقال: إن من المقطوع به عدم تبعيته للأبوين فى الإسلام و الايمان، و منه ينبغى القطع أيضا بعدم تبعيته لهما فى الكفر أيضا تنزيلا لما دل عليها على الولاده الشرعيه، و لو ب

قوله صلى الله عليه و آله (۱)«لكل قوم نكاح»

المراد منه أن غيره يكون سفاحا، فلا نسب شرعى بينهما يقتضى التبعيه.

اللهم إلا أن يقال بالفرق بين المسلم و الكافر إن ابن الزنا من الثانى أولى، لتبعيته له فى الأحكام التى هى الاسترقاق و النجاسه و نحوهما، بخلافه من الثانى، فإن تبعيته له تقتضى شرفا له بالإسلام، و هو بعيد عن ذلك، لكونه شر الثلاثه(۲).

و لكن ذلك كله مجرد اعتبار لا يصلح مدركا لحكم شرعى، و قد عرفت أن العمده فى دليل التبعيه السيره، و لا سيره فى المقام، لعدم تحقق ولد الزنا المعلوم أنه كذلك بلا شبهه من الواطئ.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸۳- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۲ من كتاب النكاح.

۲- ۲ البحار ج ۵ ص ۲۸۵ ط الحديث. راجع سفينه البحار ج ۱ ص ۵۶۰. ماده« زنى» و سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۵۷ و ۵۸.

[الثالث أن يكون تام الملك]

الوصف الثالث:

أن يكون تام الملک فلا يجزئ المدبر ما لم ينقض تدبيره قبل العتق، كما عن الشيخ و ابنى الجنيد و البراج، ل

حسن الحلبى أو صحيحه (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل يجعل لعبده العتق إن حدث به حدث و على الرجل تحرير رقبه فى كفاره يمين أو ظهار أ يجزئ عنه أن يعتق عبده ذلک فى تلک الرقبه الواجبه؟

قال: لا»

و مضمر عبد الرحمن (۲)«سألته عن رجل قال لعبده إن حدث بى حدث فهو حر و على الرجل تحرير رقبه فى كفاره يمين أو ظهار إله أن يعتق عبده الذى جعل له العتق إن حدث به حدث فى كفاره تلک اليمين؟ قال: لا يجوز»

الذى جعل له ذلک.

و قال الشيخ فى المبسوط و الخلاف: يجزئ بل فى المسالک نسبته إلى ابن إدريس و المتأخرين، بل فى كشف الرموز عن الشيخ الإجماع عليه و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده التى منها جواز الرجوع بالوصيه بالقول و بفعل المنافى، و قد استفاضت النصوص (۳)بكون التدبير منها، فيجوز التصرف فيها بنحو البيع و العتق، بل

فى الصحيحين (۴)«هو مملوكه إن شاء باعه و إن شاء أمسكه حتى يموت، فإذا مات السيد يخرج من ثلثه»

بل عن الانتصار الإجماع على جواز بيعه كما هو مضمون كثير من النصوص (۵)و لا ريب فى أولويه العتق الذى هو

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الكفارات الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من كتاب التدبير الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من كتاب التدبير.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من كتاب التدبير الحديث ۱ و الباب- ۸- منه الحديث ۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱- من كتاب التدبير.

إحسان محض منه.

بل قد يقال: إن المراد من الصحيح عتق المدبر بعد موت سيده، كما فی

خبر إبراهيم الكرخی (۱)«قلت لأبی عبد الله عليه السلام: إن هشام بن رزين سألنی أن أسألك عن رجل جعل لعبده العتق إن حدث بسيده حدث الموت، فمات السيد و عليه تحرير رقبه واجبه فی كفاره أ يجزئ عن الميت عتق العبد الذی كان السيد جعل له العتق بعد موته فی تحرير الرقبه التی كانت على الميت؟ قال: لا»

و حينئذ يقرأ «يعتق» بالبناء للمجهول و أن السؤال فی الثانی الاكتفاء بنفس التدبير فی الكفاره، أو يحملان على أنه قد كان ذلك بطريق النذر و نحوه مما لا يجوز الرجوع به، هذا كله إذا لم ينقض تدبيره قبل العتق، و إلا جاز قولا واحدا، و الله العالم.

و لا المكاتب المطلق الذی أدى من كتابته شيئا بلا خلاف و لا إشكال، لحريته حينئذ بمقدار ما أدى.

نعم لو لم يؤد أو كان مشروطا قال الشيخ فی الخلاف لا يجزئ، و لعله نظر إلى نقصان الرق، لتحقق الكتابه التی هی معامله بين السيد و المملوك، و هی لازمه من قبل السيد، و قد خرج بها عن الملك خروجا متزلزلا حتى قيل:

إنها بيع العبد من نفسه، و الأصل لزوم العقد، و العتق يستلزم الملك، و بقاؤه فی المكاتب غير معلوم، و من ثم لم تجب فطرته و لا نفقته و انتفت عنه لوازم الملك من المنع من التصرف و غيره و إن نهاه السيد، و الحجر عليه فی بعض التصرفات مراعاه لوفاء الدين لا يقتضی كونه باقيا فی الرق، و عوده إليه على تقدير العجز أمر متجدد، و قد بينا أن خروجه غير متيقن. و لذا مال إليه فی محكی المختلف.

و لكن ظاهر كلامه فی النهايه أنه يجزئ بل نسبه بعض إلى الأكثر، بل عن الحلی الإجماع عليه و لعله أشبه بأصول المذهب و قواعده

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الكفارات الحديث ۱ و فيه هشام بن أدين أديم خ ل و كذلك فی الكافی ج ۶ ص ۱۹۴ و فی التهذيب ج ۸ ص ۲۳۱ هشام بن أذينه.

من حيث تحقق الرق فيه و لـذا جـاز عتقه تبرعـا إجماعـا حكـاه غير واحـد، و ليس إلاـ لبقـاء الرق المستصحب فيه إلى أن يثبت المزيل، و لا ثبوت قبل أداء المطلق شيئا من مال الكتابه و قبل أداء تمام المال فى المشروط، و ثبوت المعامله و وجوب الوفاء بها مسلم إلا أن ذلك لا يقتضى خروجه عن الرقيه، و كونها بيعا للمملوك من نفسه غير صحيح عندنا فحينئذ هو باق على مقتضى إطلاق الأدله المؤيده ببعض ما تسمعه فى المدبر.

و كـذا يجزئ فى الكفاره عتق الآبق إذا لم يعلم موته وفاقا للأكثر، بل عن الحلى الإجماع عليه، لأصاله بقائه حيا مؤيـده بالإجماع المزبور، و ما عن الحلى أيضا من نسبته إلى أخبار أصحابنا المتواتره و ب

صحيح أبى هاشم الجعفرى (۱)«سـألت أبـا الحسن عليه السـلام عن رجـل قـد أبق منه مملوكه يجوز أن يعتقه فى كفاره الظهار، قال: لا بأس به ما لم يعرف منه موتا» و المراد من المعرفه العلم كما هو مقتضى الأصل، لكن عن الكافى الذى هو أضبط روايته «لا بأس ما علم أنه حى مرزوق»

و يمكن أن يريـد العلم و لو بالاستصحاب، فلاـ مخالفه حينئـذ بين النسختين، و على تقـديرها فلاـ ريب فى رجحان الأولى بما عرفت.

فما عن الشيخ فى الخلاف من تقييد الجواز بالعلم بالحياه إن أراد ما ذكرناه فمرحبا بالوفاق، و إلا فهو واضح الضعف لما عرفت.

و دعوى معـارضه أصـاله البقـاء بأصـاله الشـغل واضـحه الفسـاد بمعلوميه ورود الأولى على الثـانيه، خصوصـا مع ملاحظه جريان أحكام البقاء فى نظائره من الموضوعات.

و كذا ما عن المختلف من أنه استوجه الرجوع فيه إلى الظن، فيصح عتقه مع ظن حياته، و

يبطل مع ظن وفاته أو اشتباه الحال و إن تبعه فى التنقيح، على أنه لا دليل على اعتبار الظن هنا، فلا وجه لتخصيص أدله المنع و الجواز مع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۸- من كتاب العتق الحديث ۱.

عمومها للصورتين.

و أضعف من ذلك كله ما عن بعض الشافعيه من أنه لا يصح عتقه فى الكفاره مطلقا لدعوى نقصان الملك الممنوعه على مدعيها، على أنه ليس فى شى ء من النصوص اعتبار تماميه الملك كى يكون عنوانا للحكم، و إنما عبر بها بعض الأصحاب لإراده البحث عن هذه الأفراد، و حينئذ فالمغصوب كالآبق فى الإجزاء لما عرفت، و الله العالم.

و كذا تجزئ المستولده لتحقق رقيتها سواء مات ولدها أو لا، بل الإجماع بقسميه عليه فى الأول، و بلا خلاف إلا من الإسكافى فى الثانى، لإطلاق الأدله المؤيد بخصوص

الخبر(۱)عن زين العابدين عليه السلام «أم الولد تجزئ فى الظهار»

المتمم بعدم القول بالفصل، و امتناع بيعها لا ينافى بقاء الملك الكافى فى صحه العتق، على أنه يصح بيعها فى الجمله إجماعا، بل قيل: و عتقها تبرعا، فما عن قول للعامه- من عدم جواز عتقها لنقصان ملكها و لذا لا يجوز بيعها- واضح الفساد، خصوصا بعد ما عرفت من عدم ذكر التماميه عنوانا للحكم فى شى ء من

الأدله، بل مما ذكرنا يظهر لك أيضا إجزاء عتق الموصى بخدمته على التأبيد، لإطلاق الأدله أيضا و إن حكى أن للعامه فيه قولين.

و لو أعتق نصفين من عبدين مشتركين مثلا على وجه لا سرايه فيه إلى البعضين لم يجز، إذ لا يسمى ذلك عتق نسمه حقيقه و لا رقبه، فلا امتثال، خلافا لبعض العامه، فيجزئ، تنزيلا للاشقاص منزله الأشخاص كما فى الزكاه، و لاخر منهم، فيجزئ إن كان الشقص الآخر الباقى حرا و إلا فلا، لإفاده الأول (۲)الإعتاق الاستقلالى و التخلص من الرق، و هو مقصود من الإعتاق، و الجميع كما ترى لا ينطبق شى ء منها على أصولنا، كما هو واضح.

و لو أعتق شقصا من عبد مشترك نفذ العتق فى نصيبه، فان نوى الكفاره

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

۲- ۲ هكذا فى النسخه الأصليه و الظاهر زياده كلمه« الأول».

و هو موسر أجزأ إن قلنا: إنه ينعتق بنفس إعتاق الشقص أو أوقفناه على الدفع على وجه الكشف فدفع، وفاقا للمشهور على ما فى المسالك، لصدق إعتاقه الرقبه فى الكفاره حينئذ و لو بسبب عتقه الشقص المقتضى للسرايه فى الباقى على حسب ما نوى به الأول، و الفرض نيه الكفاره بذلك بل لا فرق فى الإجزاء على هذا بين أن يقصد العتق لجميع العبد بطريق السرايه و بين أن يقصده لنصيبه، لحصول العتق بالسرايه فى الحالين،

بناء على أن معناها اتباع الشارع الباقى على حسب ما وقع عليه الأول.

لكن فى المسالك «يحتمل قويا اشتراط نيه العتق لجميعه، لأنه مأمور بإعتاق رقبه بالنيه، فلا يكفى نيه نصيبه و إن تبعه الباقى بحكم الشرع، فان ذلك غير كاف فى صرفه إلى الكفاره» و فيه أنه مأمور بعتق الرقبه التى لكيفيتها طريقان: أحدهما قصد عتقها أجمع و الآخر قصد الشقص المسبب لعتق الجميع، سواء لاحظ السرايه أو لا، بل هو فى الحقيقه نيه للجميع، لأن قصد السبب قصد لما يترتب عليه.

خلافا لأبى على فى أصل المسأله فلم يجتز بالعتق المزبور، معللا له بأن عتق الباقى يقع قهرا، فيلزم بالقيمه، و لا يجزئ عن الكفاره و إن قصدها، و هو كما ترى، خصوصا مع قصده عتق الجميع، و القهريه المزبوره لا تنافى كونها مختاره له مع قصد سببها، بل قد عرفت أن مقتضى السرايه و التبعيه كون الباقى على حكم الأول شرعا و إن لم يقصده، فتأمل.

و إن قلنا: إنه لا ينعتق إلا بأداء قيمه حصه الشريك على وجه يكون ذلك تمام السبب فهل يجزئ عند أدائها؟ قيل: نعم، لتحقق عتق الرقبه و إن توقف على الأداء فى البعض.

و لكن فى المتن و تبعه عليه غيره فيه تردد، منشأه مما عرفت و من تحقق عتق الشقص أخيرا بسبب بذل العوض لا بالإعتاق و فيه أن بذل العوض كان متمما للسبب الذى وقع باختياره مقصودا به عن الكفاره، فهو فى الحقيقه

قـد أعتق الكل عنها و إن كان قـد تم العتق فى البعض، و فى الآخر حين الـدفع، و ربما يقارنه لو فرض كون الأداء بجعل ماله فى ذمته عوضا عن ذلک.

بل لعل الأقوى عـدم الاحتياج إلى تجديـد النيه عند الأداء كما عن المبسوط، لأنها اقترنت بالعتق الذى كان حصوله على ترتب و تـدرج، و ليس هو عتقـا جديـدا حاصـلا بالأداء، فما فى المسالک- من احتمال التجديـد لتقترن النيه بعتق نصـيب الشـريک كما اقترنت بعتق نصـيبه- واضـح الضـعف ثم قـال: «و لو نوى فى الحـال صـرف العتق فى نصـيبه إلى الكفاره و نوى عنـد أداء القيمه صرف العتق فى نصـيب الشريک إليها أجزأ أيضا، لاقتران النيه بحاله حصول العتق» و لا يخفى عليک ما فيه من الخفاء، هذا كله إذا كان موسرا يسرى عتقه.

و أما لو كان معسـرا ففى المتن و غيره صـح العتق فى نصـيبه، و لا يجزئ عن الكفاره لكونه شـقصا لا رقبه و إن أيسـر بعد ذلک لأنه لا يوجب السرايه لاستقرار الرق فى نصيب الشريک لكن قد يشكل أصل صحه العتق مع فرض كون المقصود له العتق عنها، فمع فرض عدم الصـحه فيها يبطل العتق، لا أنه يصح و ليس كفاره، لقاعده ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد، كما أنه يشـكل ما فيه و فى غيره أيضا من أنه لو ملک النصـيب فنوى إعتاقه عن الكفاره صـح و إن تفرق العتق، لتحقق عتق الرقبه و لو بـدفعتين، إذ لاـ دليـل على وجوب تحصـيله دفعه بالشـک فى حصول المأمور به الحاصل من الإطلاق فتبقى أصاله الشـغل سـليمه، بل مؤيـده باستبعاد بقاء النفوذ عن الكفاره موقوفا.

هذا و فى المسالک «و اعلم أنه يفرق بين هذه المسأله و بين السابقه- على القول بإجزاء العتق بالسرايه عن الكفاره، مع أن إعتاقه لنصـفى العبـدين أبلغ من عتق النصف فى الواحـد، و قـد حكم بإجزائه- بأن من شـرط الإجزاء أن ينوى عتق الجميع عن الكفاره كما بيناه، أو ينوى عتق نصـيبه و يطلق ليسرى العتق إلى الباقى، و يتبع ما نواه على الوجه الآخر، و الأمران منتفيان فى السابقه، فإنه بنيته عتق النصفين

من الاثنين عن كفاره واحده قد صرح بعد إراده عتق الباقى من العبد الواحد عن الكفاره على تقدير السرايه، و نيه العدم صرفت الشقص الخارج عن عتقه للكفاره، فلم يقع مجزئا عنها لذلك، و لو كان قد نوى عتق الشقصين عن كفارتين جاءت المسأله الثانيه بأسرها و صح عتقهما عن الكفاره، و سرى إليهما على ما فصل».

و فيه أنه لا حاجه إلى فرض المسأله الأولى فى عتق النصف الموجب للسرايه حتى يحتاج إلى هذا التكلف الذى يمكن المناقشه فيه أيضا، بل يمكن فرضه فى المبعض و غيره الذى لا سرايه فيه لمانع من موانعها، كما هو واضح.

و لو أعتق بعض عبده عن الكفاره سرى فى الجميع و أجزأه عنها، بل هو أولى مما تقدم سواء قصد السرايه أو لا.

و لو أعتق المرهون لم يصح ما لم يجز المرتهن لما عرفته مفصلا فى كتاب الرهن (١)من الحجر على الراهن و المرتهن فى التصرفات، بل هو كالمفروغ منه هناك و لا دليل على استثناء العتق.

و لكن قال الشيخ: يصح مطلقا مع الإجازه و بدونها إن كان موسرا، و يكلف أداء المال إن كان حالا، أو رهنا بدله إن كان مؤجلا لغلبه العتق على حق الرهانه المجبور بما عرفت، إلا أنه كما ترى، على أنه كان عليه إيقافه على الفك أو الإبدال اللذين يمكن تعذرهما منه لا الاجتزاء بمجرد تكليفه، و لذا قال المصنف و هو بعيد.

و أضعف منه ما عن بعض العامه من الإجزاء مطلقا، و ما أبعد ما بينه و بين القول بالبطلان حتى لو أجاز المرتهن بعد العتق الذى لا يبقى موقوفا، و التزام الكشف مناف لما دل على منع حق الرهانه التى لا ريب فى تحققها قبل الإجازه التى لا تصلح لرفعها فيما مضى من الزمان، و قد تقدم تحقيق ذلك كله فى كتاب الرهن (٢)فلاحظ و تأمل، فإنه قد ذكرنا هناك قوه احتمال قيام الفك مقام الاذن.

١- ١ راجع ج ٢۵ ص ١٩۵ الى ٢٠٧.

٢- ٢ راجع ج ٢۵ ص ١٩٩ الى ٢٠۶.

و لو قتل عمدا فأعتقه فى الكفاره فللشيخ فيه قولان: (أحدهما) فى محكى الخلاف، فمنع من صحته فى العمد، و أجازه فى الخطاء، و احتج عليه بالإجماع، بل قال: «لأنه لا خلاف بينهم أنه إذا كانت جنايته عمدا أنه ينتقل ملكه إلى المجنى عليه، و إن كان خطأ فديه ما جناه على مولاه، لأنه عاقلته» و (ثانيهما) فى محكى المبسوط عكس ذلك، قال: «الذى يقتضيه مذهبنا أنه إذا كان عامدا نفذ العتق، لأن القود لا يبطل بكونه حرا، و إن كان خطأ لا ينفذ، لأنه يتعلق برقبته و السيد بالخيار بين أن يفديه أو يسلمه».

و الأشبه عند المصنف المنع فى الأول لما سمعته من الإجماع المحكى، و لأن الخيار فيه إلى أولياء المقتول إن شاؤوا قتلوه و إن شاؤوا استرقوه، و صحه عتقه يستلزم بطلان ذلك.

ثم قال و إن قتل خطأ قال فى المبسوط: لم يجز عتقه، لتعلق حق المجنى عليه برقبته، و فى النهايه: يصح و يضمن السيد ديه المقتول، و هو حسن لما سمعته من الإجماع أيضا، و لأن الخيار إلى المولى إن شاء افتكه و إن شاء دفعه إلى أولياء المقتول، فإذا أعتقه قد اختار الانفكاك، لكن فى المسالك «هذا يتم مع يساره، فلو كان معسرا لم ينفذ عتقه، لتضرر أولياء المقتول به و إسقاط حقهم منه» إلى آخره.

و كيف كان فحاصل ما ذكره المصنف اختيار ما سمعته من الشيخ فى الخلاف، و لعله إليه يرجع ما عن ابن إدريس فى الخطأ من جوازه مع ضمان المولى قال: «لأنه قد تعلق برقبه العبد الجانى حق الغير، فلا يجوز إبطاله» بل و ما فى القواعد «و يجزئ الجانى خطأ إن نهض مولاه بالفداء و إلا فلا، و لا يصح عتق الجانى عمدا إلا بإذن الولى» و فى التحرير «و لو قتل عمدا فأعتقه فى الكفاره فللشيخ فيه قولان، أقواهما عدم الجواز، و كذا القول فى الخطأ، و الأقرب الإجزاء، و يضمن المولى الديه، و لو عفى الولى صح عتقه فى الموضعين، و لا بد من تجديد العتق فى العمد لو سبق

على مـا اخترنـاه» و فى المسالـك «الأقوى صـحته مع الخطأ و العمـد مراعى بفكه له فى الخطأ و اختيار أولياء المقتول الفـداء فى العمـد و بذله له أو عفوهم عن الجنايه» و كأنه أخذه مما فى الدروس قال: «الثالث سـلامتها من تعلق حق آخر، ففى الجانى عمدا أو خطأ قولان أقربهما المراعاه بالخروج عن عهده الجنايه».

قلت: كـان الـوجه فى ذلـك هو معلوميه تعلق حق المجنى عليه فى رقبه العبـد، لكن لاـ دليـل على مـانعيه الحق المزبور لتصـرف المالك الذى هو مقتضـى العمومات، فهو حينئذ كتصرف الوارث فى تركه الميت التى تعلق بها حق الدين، و لا يقاس هذا الحق على حق الرهانه الموقوف على الإذن لدليله الخاص، نعم لا بد من مراعاه حكم الحق المتعلق على وجه لا يضر أداء الحق، فينتقل المال عن المتصـرف متعلقا به الحق، فمع فرض أداء المتصرف الحق إلى أهله يخلص المال عن تسلط ذى الحق المتعلق به، و إلا تسلط صاحب الحق على فسخ التصرف الواقع منه مقدمه لتحصيل حقه.

إلا أنه لا يخفى عليك صـحه جريان هذا الكلام فى مثل البيع و نحوه القابل للأمر المزبور، أما مثل العتق فيشكل جواز فسخه بأنه مبنى على التغليب و أنه متى صار حرا لم يعـد إلى الرقيه، إذ ليس المقام من باب الكشف الـذى لا ينافى ذلك، بل هو من فسـخ التصـرف الـذى ترتب عليه أثره بعموماته و إن بقى الحق متعلقا بالعين التى كانت موردا للتصـرف المزبور، و الفسـخ لـذى الحق حيث يحصـل يكون من حينه، لمـا عرفت من عـدم الـدليل على منع التعلق المزبور أصل صـحه التصـرف و قاعـده «لا ضـرر و لا ضرار» إنما تقتضـى عدم لزوم التصرف المزبور، لا أصل صحته، نعم لما كان أدله العتق تنافى ذلك لم يتم الأمر إلا فى المنع من أصـل التصـرف، و احتمـال التزام الكشف فيه ممـا لاـ تساعـد عليه الأدله، و ربما أشار إليه الفاضل فى التحرير فى صوره العمـد، فلاحظ و تأمل.

بل الظاهر أن مراد القائل بالمراعاه هو الصحه حقيقه على حسب الصحه فى البيع لا الكشفيه، و حينئذ يرد عليه ما سمعت من عدم عود الحر رقا إلا بدليل

خاص و ليس، فالمتجه حينئذ عدم الصحه مطلقا.

و كأنه هو الذى فهمه الصيمرى من الفاضل بل و غيره قال: «و فى القواعد أجاز العتق إن كانت خطأ بشرطين، إما دفع الديه قبل العتق أو الضمان و يرضى الولى بالضمان، لا بدونهما، و هو يدل على جواز العتق فى العمد و الخطأ معا، لأن مع حصول أحد الشرطين لا كلام فى صحه العتق، لزوال تعلق الجنايه برقبته، أما مع أداء المال فظاهر، و أما مع الضمان فإنه مع رضا الولى ناقل للأرش من رقبه العبد إلى ذمه المولى، فلا كلام فى جواز العتق بعد أحد هذين الشرطين، و هذا هو المعتمد، أما عدم جوازه فى العمد لأنه يؤدى إلى إسقاط حق المجنى عليه، لأنه مخير بين قتله و بيعه و استرقاقه، و العتق يمنع من البيع و الاسترقاق، و كل تصرف يمنع حق الغير فهو باطل، و أما عدم جوازه فى الخطأ فلأن الجنايه متعلقه برقبته، و مع عدم افتكاك المولى فهو مخير بين البيع و الاسترقاق، و العتق يمنع من ذلك، فيكون باطلا و هو مذهب الدروس، لأنه قال: ففى الجانى عمدا أو خطأ قولان، أقربهما المراعاه بالخروج من عهده الجنايه، و لا يخرج من عهده الجنايه إلا بأحد الشرطين».

قلت: هو صريح فى المختار، و إن كان دعواه- أن الشهيد على ذلك- لا تخلو من نظر، لأنه كالصريح فى الصحه فعلا مع المراعاه المتأخره لا السابقه، و أما ما ذكره عن الفاضل فقد أشار إلى عبارته فى العتق، قال: «و هل يصح عتق الجانى؟

الأقرب ذلك إن كانت خطأ و أدى المال أو ضمنه مع رضاه و إلا فلا» بل فى الإيضاح الإجماع على الصحه حينئذ، بل هو قد اختار ذلك فيه و فى العمد، و هو صريح فى المختار أيضا، لكن ينبغى أن يراد بالضمان الدخول فى العهده و لو بالصلح و نحوه على وجه تخلو رقبه العبد من الحق، و فى كشف اللثام هناك «الأقوى البطلان- مع انتفاء الشرطين- لتعلق حق الغير بالرقبه، و لأن الصيغه لا تؤثر حين الإيقاع، فبعده أولى، نعم إن لم تستوعب الجنايه الرقبه كان المعتق أحد الشريكين».

و حینئذ یکثر القائل بالمختار الذی قد عرفت أنه الموافق للضوابط الشرعیه فی خصوص العتق الذی لا یوقف و لا یفسخ مع عدم الدلیل علی الکشف هنا، بل هو عند التأمل ساقط، نعم فی

خبر جابر(۱)عن الباقر علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی عبد قتل حرا خطأ فلما قتله أعتقه مولاه، قال: فأجاز عتقه و ضمنه الدیه»

فإن صحت الروایه أو انجبرت کان العمل بها و إلا أطرحت أو أولت بسبق الضمان و إن کان بعیدا.

هذا و فی التحریر «و لو أعتق المرتد بعد رجوعه إلی الإسلام فإن کان عن غیر فطره أجزأ، و إن کان عن فطره فالوجه عدم الاجزاء، و کذا لو أعتق من وجب علیه القتل حدا مع التوبه- إلی أن قال- و کذا لا یجزئ، لو جنی ما یجب العتق بالقصاص منه، کالعینین، و یجزئ لو جنی غیر ذلک، و لو جنی دون النفس علی عبد عمدا فالوجه الاجزاء و لو تعذر القصاص، و یضمن المولی حینئذ».

و فیه أن وجوب القتل علیه حدا لا یخرجه عن الملکیه، و لا عتقه ینافی إقامه الحد علیه، کما أن القصاص المقتضی لانعتاقه لا ینافی ذلک أیضا، فمقتضی إطلاق الأدله و عمومها الصحه حتی فی الأخیر، لعدم تحقق الانعتاق حینئذ قبله، نعم فیه الکلام الذی سمعته فی الجانی عمدا من حیث تعلق الجنایه لا من حیث الانعتاق، لکن فی الدروس «و لا یجزئ المنذور عتقه أو الصدقه به و إن کان النذر معلقا بشرط لم یحصل بعد علی الأقوی» و لعله کذلک.

و لو أعتق عنه معتق بمسألته صح للسائل، لأنه حینئذ یکون کالوکیل و النائب عنه، إذ من المعلوم قبول مثله للنیابه، فیندرج فی إطلاق الأمر بتحریر الرقبه(۲)بعد فرض دخوله فی ملکه و إن اختلف فی وقته، کما ستعرف بعد الاتفاق- کما فی المتن- علی إجزائه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب دیات النفس الحدیث ۱ من کتاب الدیات.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۹۲.

لکن قد یناقش بالمنع من دخوله فی ملکه بمجرد ذلک، لأنه لیس من الأسباب الشرعیه لذلک، و من هنا کان المحکی عن ابن إدریس صحته عن المعتق، لأنه ملکه، و لا عتق إلا فی ملک، و فیه أنه کالاجتهاد فی مقابله النص بعد الإجماع المحقق علی الصحه عن السائل.

نعم قد یقال: إنها أعم من الدخول فی الملک و إن کان ۲۸۹۹۷

الخبر(۱)«لا عتق إلا فی ملک»

إلا أنه یجب تخصیصه بالصوره المزبوره للإجماع المزبور، فلا داعی إلی دعوی الدخول فی الملک کی یقال متی دخل و بأی سبب دخل، و لکن فی الإیضاح عن المبسوط فی کتاب الطهاره «أنه نص علی انتقاله للأمر- ثم قال-: و لا خلاف فیه، ل

قوله علیه السلام (۲)«لا عتق إلا فی ملک».

اللهم إلا أن یمنع ذلک علیه، و یقال: إن مراد الشیخ بانتقاله للأمر صیروره العتق له، لا انتقال ملکیه العبد له، أو یقال: إن الوجه فی دخوله فی ملکه هو أنه لما أمره بما لا یصح منه إلا بعد ملکه له کان کالوکیل عنه فی ذلک، ضروره کون الإذن فی الشی ء إذنا فی لوازمه، فیکفی حینئذ فی إدخاله فی ملکه عتقه العبد بعنوان أنه له، إذ هو موجب قابل للتملیک موقع للعتق، نحو قول القائل مثلا: «اشتر لی عبدا بکذا منک» و من المعلوم أن المثمن لا یکون إلا لمن له الثمن، فإذا اشتراه بعین ماله بعنوان أنه للأمر دخل الثمن فی ملکه بالشراء بعنوان أنه له، فیکون موجبا قابلا بالنسبه إلی ذلک، و هذا باب واسع فی الفقه کثیر النظائر، و منه ما نحن فیه، فإنه إذا قال له: «أعتق عبدک- مثلا- عنی» و المفروض أنه لا عتق إلا فی ملک کان أمرا له بإدخاله فی ملکه، فمع إعتاقه بعنوان أنه له کان ذلک إیجابا و قبولا بالنسبه إلی التملیک، و إیقاعا بالنسبه إلی الحریه، و لا تنافی بینهما، و کان هذا هو السبب فی إجماعهم فی المقام علی الصحه.

نعم یبقی الإشکال فی قول المصنف و غیره لم یکن له أی المعتق

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب مقدمات الطلاق و الباب- ۵- من کتاب العتق مع الاختلاف فی اللفظ.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب مقدمات الطلاق و الباب- ۵- من کتاب العتق مع الاختلاف فی اللفظ.

عوض عن عبده الذى أعتقه بأمره، لعدم الشـرط و إن كان هو مقتضـى أصل البراءه و غيره، لأنه قد أتلف ماله بأمره فى مصلحته، بل هو أولى من الحكم بالضـمان الـذى قـد عرفت الحال فيه فيما لو قال: «أد دينى» فأداه عنه، ضـروره عدم اعتبار ملكيه المدفوع عنه فى وفـاء الـدين بخلاف العتق، فالمتجه الضـمان خصوصا مع نيه المأمور ذلك، إذ لا يكون ذلك إلا على جهه القرض، لأن المفروض كونه وكيلا عنه بأمره.

بـل ذكرنا هناك أن قاعـده احترام مال المسـلم تقتضـى ذلك أيضا، فإن مباشـره المأمور لعتقه بعـد فرض كونه وكيلا عنه تكون كمباشـرته نفسه، فيكون قد أتلف مال الغير، فهو له ضامن، و إن كان بإذنه إن لم يكن على وجه المجانيه، فلاحظ ما تقدم سابقا و تأمل. هذا كله مع عدم الشرط.

فان شـرط عوضا كأن يقول له أعتق عبدك عنى و على عشره مثلا صح و لزمه العوض بلا خلاف و لا إشكال، و يكون من قبيل قرض العبد بقيمه معينه، و ليس من قسم البيع مع فرض عدم قصده لهما.

و لو تـبرع بـالعتق عنه متـبرع من غير مسـأله قـال الشـيخ فى محكى الخلاـف نفـذ العتق عن المعتق تغليبـا للحريه، و لوقوع صـيغه صحيحه من صـحيح العبـاره دون من أعتق عنه لاـشتراط العتق بالملك، و لا يـدخل فى ملكه من دون اختياره، فلا يقع العتق عنه سواء كان المعتق عنه حيا أو ميتا.

و لو أعتق الوارث عن الميت من ماله لا من مال الميت قال أى الشيخ:

يصـح، لأـنه كمـا فى الإيضـاح «قـائم مقام المورث فى كثير من الأحكام، فان الوارث يملك لما كان ملكا للمورث، و يقبل قوله فيما كان يقبل قوله فيه، كالإقرار المجهول، و تعيين المطلقه، و المعتق تعيينا إنشائيا. و القول قوله فى الكاشف مع اليمين و عدمه، و عليه قضاء ما عليه من صلاه أو صوم، على أن الوارث إذا أدى من التركه فهو منه فى

الحقيقه، لأنه يملكها بالموت، و إذا صح من أحد ماليه صح من الآخر- ثم قال-: و قال شيخنا ابن سعيد فى شرائعه و الوجه التسويه بين الأجنبى و الوارث فى المنع و الجواز و ضعفه ظاهر بما ذكرناه».

قلت: كأن الذى دعاه إلى ذلك حسن ظنه بأبيه، حيث قال فى القواعد بعد أن ذكر عن الشيخ الفرق بين الوارث و غيره: «و لعل بينهما فرقا» و إلا فالإنصاف أن جميع ما ذكره لا دخل له فى إثبات المطلوب، إذ هو بعد الإغضاء عن صحه بعض ما ذكره للوارث لا دخل له فيما نحن فيه من عدم الفرق بينه و بين الأجنبى فى مفروض المسأله، و إن كان فرق بينه و بينه فى أمور أخر قد جاءت بدليل خاص، كأصل إرثه منه دون الأجنبى كما هو واضح و من هنا أنكر عليه ذلك بعض من تأخر عنه، و استوجه التساوى بينهما.

لكن فى المسالك «الوجه الإجزاء عن الميت مطلقا، و فى وقوعه عن الحى نظر و إن كان الوقوع لا يخلو من قوه» و فى حاشيه الكركى اختيار الإجزاء عن الميت مطلقا دون الحى قال: «فان الفرض أن الأجنبى نوى العتق عن ذى الكفاره، فيقع منه،

لعموم «لكل امرئ ما نوى»(۱)

و لا نجد مانعا سواء كونه أجنبيا، و لا دخل له فى المانعيه، إذ عدم القرابه لا ينافى قضاء الدين عن الميت تبرعا عباده كان أو غيرها، و يكفى فى التمسک بانتفاء المانعيه عدم تحققها، تمسکا بالأصل، أما الحى فلا يجزئ عنه مطلقا إلا بإذنه، إذ لا يؤدى عنه دين إلا بفعله و لو نيابه فيما تدخل فيه النيابه، هذا هو الذى ساق إليه الدليل».

و فى الجميع ما لا يخفى، إذ المانع فى المقام اعتبار الملک فيمن يكون العتق له، و لا طريق إلى إدخاله فى ملک الميت أو الحى قهرا، و ما فى غايه المراد و المسالک- من أن توقف العتق على الملک يندفع بالملک الضمنى، كما قيل به مع السؤال- يدفعه وضوح الفرق بين السؤال و عدمه بالنسبه إلى قابليه الدخول فى الملک باختياره و عدمه، و من الغريب ما سمعته من الكركى من عدم إجزاء التبرع فى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ۱۰.

وفاء دين الحي.

فالأقوى عدم الفرق بينهما في البطلان هنا لو لا

حسن بريد(۱)سأل الباقر عليه السلام «عن رجل كان عليه عتق رقبه فمات من قبل أن يعتق، فانطلق ابنه فابتاع رجلا من كسبه، فأعتقه عن أبيه، و أن المعتق أصاب مالا ثم مات و تركه، لمن يكون ميراثه؟ فقال: إن كانت الرقبه التي كانت على أبيه في ظهار أو شكر أو واجبه عليه فان المعتق سائبه لا ولاء لأحد عليه، قال: و إن كانت الرقبه على أبيه تبرعا و قد كان أبوه أمره أن يعتق عنه نسمه فإن ولاء العتق ميراث لجميع ولد الميت من الرجال، قال: و يكون الذي اشتراه فأعتقه كواحد من الورثه إذا لم يكن للمعتق قرابه من المسلمين أحرار يرثونه، و إن كان ابنه الذي اشترى الرقبه فأعتقها عن أبيه من ماله بعد موت أبيه تطوعا من غير أن يكون أمره بذلك فإن ولاؤه و ميراثه للذي اشتراه من ماله فأعتقه إذا لم يكن للمعتق وارث من قرابته».

و لعله لهذا الحسن المزبور فصل الشيخ بين الوارث و غيره، و لو كان لكان المتجه التسويه في عدم الإجزاء عن الميت الذي لا يدخل في ملكه، بل لعل المتجه بطلان العتق من أصله، لقاعده ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد، كما عرفته سابقا.

و كيف كان ف إذا قال: «أعتق عبدك عني» فقال: «أعتقت عنك» فقد وقع الاتفاق كما حكاه غير واحد على الإجزاء و إن كان قد سمعت

الخلاف فيه من ابن إدريس، كما أنك قد سمعت نفي الخلاف من الشيخ عن الدخول في الملك و إن كان فيه ما فيه أيضا لكن وقع الخلاف في أنه متى ينتقل إلى الأمر؟ قال الشيخ: ينتقل بعد قول المعتق: «أعتقت عنك» ثم ينعتق بعده إذ اقتضاء العله الواحده الشيئين بالترتيب بينهما ممكن ثابت، و أشكله الكركي فيما إذا كان أحدهما شرطا لتأثير السبب في العقود و الإيقاعات، فإن عدم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۰- من كتاب العتق الحديث ۲.

ترتب أثر السبب علیه دلیل فساده، و یمتنع الحکم بصحته بعد فساده آنا ما.

و لعله لذا قال المصنف و هو تحکم إذ لا دلیل علی تعیین ذلک من بین المحتملات، بل فیه أنه یستلزم تأخر العتق عن الإعتاق بقدر ما یتوسطهما الملک و إن اعتذر عنه بأن تأخیر العتق عن الإعتاق بسبب أنه إعتاق عن الغیر، و مثله واقع فی قوله: «أعتقت عبدی عنک بکذا» فان عتقه یتوقف علی قبول المعتق عنه، و یلزم منه تأخر العتق عن الإعتاق، و لکن لا یخفی علیک وضوح الفرق بین المثالین.

و من هنا قیل کما عن المفید و العلامه و الفخر أنه یحصل الملک بشروعه فی لفظ الإعتاق، و یعتق إذا تم اللفظ لمجموع الصیغه، فالجزء عله للملک، و هو ملک الأمر و الکل سبب لزوال ملکه عنه بالإعتاق، و فیه أنه یستلزم صیرورته ملکا للأمر قبل تمام الصیغه، فلو فرض ترک إکمالها خرج عن ملکه و لم یقع العتق.

و قیل: إنه یحصل الملک للمستدعی بالاستدعاء و یعتق علیه إذا تلفظ المالک بالإعتاق، و فیه ما عرفت و زیاده.

و قیل: إنه یحصل الملک و العتق معا عند تمام الإعتاق، و أورد علیه فی المسالک بأنه و إن کان فیه سلامه من المحذور السابق، إلا أن اشتراط وقوع العتق فی ملک یقتضی تقدیم الملک علی العتق فلا یتم وقوعهما فی وقت واحد عند تمام لفظ العتق.

و فیه أنه یمکن الاکتفاء بالتقدم الذاتی الحاصل فیما بین العله و المعلول، نحو ما قلناه فی شراء من ینعتق علیه، و نحو ما یقال فیما لو قال: «أنت وکیلی علی بیع داری» مثلا، فیقبل الوکاله بأن باع مثلا، فان البیع حینئذ کاشف عن قبول الوکاله، و هو إیجاب للبیع، و قد حصلا فی زمان واحد، لکنهما مترتبان طبعا، و نظائره فی ذلک کثیره.

بل قد یقال: إنه یکفی فی الصحه اتحاد زمانهما لصدق کون العتق فی ملک، إذ لیس معناه اعتبار سبق الملک علی العتق زمانا.

و بالجمله فالظاهر أن اتفاق الأصحاب على المسأله فى المقام ليس إلا لما ذكرناه الذى قد عرفت جريانه فى نظائر المسأله، و إلا لم نقف لهم على دليل خاص، و حينئذ فإن رجع ذلک إلى أحد الأقوال الخمسه فمرحبا بالوفاق، و إلا كان قولا سادسا، و هو أقواها، و التمليک المزبور إن شئت جعلته من القرض بعوض، أو من التمليک به، نحو الهبه المعوضه، أو من التمليک المجانى حيث لا يكون عوضا أو نحو ذلک، فإنه بعد أن صار وكيلا عنه بأمره له و سؤاله إياه صار موجبا قابلا إذا كان الموكل فيه متوقفا على إدخال فى ملک مثلا، إذ التوكيل فى شى ء توكيل فى لوازمه، و نحوه ما لو قال له: «اشتر لى كذا بثمن منک» أو «زوجنى فلانه بمهر منک» فان المهر و الثمن يدخلان فى ملک الموكل بفعل ما وكل فيه على الوجه الذى و كله عليه، و هذا الأمر جار فى كثير من الأبواب، مفروغ من صحته، بل هو نحو ما لو قال المالک: «أعتق عبدى عن كفارتک بكذا» مثلا فأعتقه، فإنه يدخل فى ملكه بذلک بعد تقدم الكلام المزبور من المالک الذى صار كالإيجاب لو فرض وقوع العتق مقارنا له، و إلا كان توكيلا له فى تملک العبد متى شاء بالثمن المزبور.

و من ذلک يعرف النظر فى كثير من الكلمات فى المقام، بل يظهر النظر فيما ذكره الفخر من تخصيص صحه المسأله فيما لو وقعت على جهه الفوريه دون التراخى بناء منه على أن مفروض المسأله من الإيجاب و القبول المعتبر فيهما ذلک، و لم يتفطن إلى التوكيل الذى لا يعتبر فيه ذلک، و من هنا كان ظاهر المصنف و غيره الإطلاق فى فرضها، فلاحظ و تأمل.

و قيل: إنه يحصل بالأمر المقترن بصيغه العتق، فيكون تمام الصيغه كاشفا عن سبق الملک عليها، و عدم إيقاعها بعد الاستدعاء أو قطعها أو وقوع خلل فيها دال على عدم حصول الملک بالأمر، لعدم حصول ما يعتبر فى صحته، و هو اقترانه بالأمر بالعتق، و أورد عليه فى المسالک بأن الاقتران المذكور يكون شرطا فى سبق الملک،

و لا يتحقق الاقتران إلا بتمام صيغه العتق، فيلزم تأخر الملك عن الإعتاق و إلا لتأخر الشرط عن المشروط.

قال: «و لأجل هذه الإشكالات و نحوها قال المصنف و نعم ما قال: إن الوجه الاقتصار على الثمره، و هى صحه العتق عن الأمر و براءه ذمته من الكفاره، و لا يجب البحث عن وقت انتقال الملك إليه، فإن ما عدا ما ذكر ه تخمين لا يرجع إلى دليل صالح».

قلت: لكن قد عرفت تحقيق الحال على وجه لا يأتى فيه شى ء من وجوه الاشكال، بل قد عرفت عدم اختصاص المقام، بل هو جار فيه و فى نظائره و إن كان ما ذكره المصنف فيه استراحه عن تحليل المسأله.

قال و مثله ما إذا قال له: «كل هذا الطعام» فقد اختلفوا أيضا فى الوقت الذى يملكه الأكل هل هو بتناوله فى يده أو بوضعه فى فيه أو بازدراد اللقمه بعد الاتفاق على عدم ملكه بوضعه بين يديه؟ و فرعوا على ذلك جواز إطعامه لغيره على الأول دون غيره من الأقوال، لكن لا يخفى عليك أنه لا داعى هنا إلى اعتبار الملك، إذ الإباحه تكفى فى الجواز إلى آخر أمره.

و من هنا قال المصنف و الوجه عندى أنه يكون إباحه للتناول، و لا ينتقل إلى ملك الأكل و تبعه غيره عليه، لأنه ليس كالعتق يعتبر فيه الملك لمن يكون العتق له، قالوا: و حينئذ فلو نبت من غائطه شجره مثلا كان ملكا للمقدم دون الأكل و إن كان قد يناقش بخروجه عن المملوكيه إذا صار غائطا.

هذا و فى كشف اللثام «أنه يمكن القول بمثله فى مسأله الإعتاق أيضا، فإن النص (۱)و الإجماع إنما هما على أن الإعتاق إنما يكون فى ملك، و يكفى فى صدقه هنا ملك المعتق، و لا محذور فى إجزاء الإعتاق عن غير المالك».

قلت: هو كذلك، إلا أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على إراده اعتبار الملك ممن يكون العتق له إلا ما خرج بالدليل، كعتق الوارث عن الميت

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من كتاب العتق.

للخبر(۱)الذی سمعته.

[شروط الإعتاق]

اشاره

و کیف کان ف یشترط فی الإعتاق شروط:

[الشرط الأول النیه]

اشاره

الأول:

النیه بمعنی القصد إلی فعله بعنوان أنه للکفاره، و ذلک لأنه أی الإعتاق عباده تحتمل وجوها، فلا یختص بأحدها إلا بالنیه، و لا بد مع ذلک من نیه القربه المعتبره فی کل عباده

کفاره و غیرها بالأدله المذکوره فی محلها علی ذلک، کباقی مباحث النیه من اعتبار نیه الوجه و عدمه فیه أیضا و غیره من المباحث، بل و قد ذکرنا هناک الفرق بین العباده و غیرها.

لکن فی غایه المرام للصیمری هنا «یشترط فی التکفیر النیه المشتمله علی الوجه و القربه و التکفیر، فلو نوی الوجه و القربه و لم ینو عن الکفاره لم یجز، و هذه الشروط مجمع علیها» و إن کان فیه ما فیه، ضروره عدم الفرق بین المقام و غیره فی اعتبار الوجه و عدمه الذی قد عرفت البحث و الخلاف فیه فی محله.

إنما الکلام هنا فی قول المصنف فلا یصح العتق من الکافر ذمیا کان أو حربیا أو مرتدا لتعذر نیه القربه فی حقه فإنه قد أطنب فی المسالک فی إشکاله بالمنع من تعذر نیه إیقاع الکافر الفعل طلبا للتقرب إلی الله سبحانه و تعالی سواء حصل ما نواه أو لا إذا کان کفره بإنکار النبی صلی الله علیه و آله و سلم و نحوه مما لا ینافی الاعتراف بالله تعالی، و إن کان المراد تعذر الإیقاع منه علی وجه یستحق الثواب طالبناه بالدلیل علی اشتراط مثل ذلک، و عارضناه بعباده المخالف من المسلمین و عتقه، فإنه لا یستتبع الثواب عنده مع صحه عتقه عنده، قال: «و فی صحه عباداته غیره (۲)بحث قرر فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۰- من کتاب العتق الحدیث ۲.

۲- ۲ هکذا فی النسختین المخطوطتین و فی المسالک« و فی صحه عبادات غیره».

محله، و بالجمله فكلامهم فى هـذا الباب مختلف غير منقح، لأنهم ناره يحكمون ببطلان عباده الكافر مطلقا استنادا إلى تعذر نيه القربه منه، و مقتضى ذلك إراده المعنى الثانى، لأن ذلك هو المتعذر منه لا الأول، و تاره يجوزون منه بعض العبادات كالعتق و سيأتى تجويز جماعه من الأصحاب له منه مع اشتراط القربه فيه، نظرا إلى ما ذكرناه من الوجوه فى الأول، و قد وقع الخلاف بينهم فى وقفه و صدقته و عتقه المتبرع به و نحو ذلك من التصرفات الماليه المعتبر فيها القربه، و اتفقوا على عدم صحه العبادات البدنيه منه نظرا إلى أن المال يراعى فيه جانب المدفوع إليه و لو بفك الرقبه عن الرق، فيرجح فيه جانب الغرامات، بخلاف العبادات البدنيه، و من ثم ذهب بعض العامه إلى عدم اشتراط النيه فى العتق و الإطعام و اعتبرها فى الصيام إلا أن هـذا الاعتبار غير منضبط عند الأصحاب كما أشرنا إليه و سيأتى له فى العتق زياده بحث إنشاء الله».

و أورد عليه فى الرياض بأن فيه- مضافا إلى ما دل على شرطيه الايمان و عدم صحه عباده المخالف الذى هو أولى من الكافر من الإجماع و النصوص(۱)- أنه لا- تتأتى منه نيه القربه التى هى قصد الامتثال و موافقه الأمر، لعدم اعتقاده بموجب الكفاره، إذ هو إما منكر للبارئ تعالى كالدهريه و نحوهم أو جاحد للنبى صلى الله عليه و آله المبين لذلك الأمر به عنه سبحانه، فإذا صام بعد الظهار مثلا لا

يمكنه قصد الامتثال بذلك و العزم على أن الصيام كفاره لما وقع منه، فإنه لا يعتقد تحقق الحرمه بالموجب فضلا عن كون الصيام مكفرا لها، بل يجعلهما حراما و بدعه بقصد التشريع فى شرعه، و لعل هـذا هو السر فى حكم الأصحاب بفساد عباده الكفار، لعدم تحقق قصد القربه بهذا المعنى منهم.

و العجب من شيخنا فى المسالك حيث اعترضهم فى ذلك و جوز صدور نيه القربه بهذا المعنى عنهم، فيا لله كيف يقصد الكافر بما يأتى به من هيئه صلاتنا أنه عباده

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب مقدمه العبادات.

مقربه له إلى جنابه سبحانه مع اعتقاده كون مثل ذلك بدعه و ضلاله؟! فإتيانه بذلك على تقديره يكون على طريق الاستهزاء و السخريه، و ما أرى مثل هذه الدعوى من نحو هذا الفاضل إلا غفله واضحه، نعم قد تحصل له نيه القربه فى بعض الخصال إذا كانت عنده و فى شرعه مقربه، و لكن مثل هذه القربه غير كافيه، بل لا بد من نيه القربه التى هى القصد إلى امتثال أمر الكفاره، و لذا إن أحدنا لو صام ندبا من دون نيه التكفير لم يجز عنه إجماعا.

قلت: و كأنه لذلك فصل الشهيد فى غايه المراد بين العتق للكفاره من الكافر غير الجاحد لله تعالى و العتق لغيرها، فأبطل الأول و صحح الثانى، قال بعد أن حكى الخلاف فى صحه مباشره الكافر العتق و عدمها عن الشيخ فصححه، و عن ابن إدريس و المصنف فأفسده: «و مبناه على مقدمات: (الاولى): هل نيه القربه معتبره فى العتق أم لا؟ الحق نعم، ل

قولهم عليهم السلام(۱): «لا عتق إلا ما أريد به وجه الله»

- إلى أن قال (الثانيه):- هل المعتبر فى نيه القربه ما يترتب عليه الثواب أو مطلق التقرب إلى الله تعالى؟ يحتمل الأول، لأنه عباده، و كل عباده يترتب عليها استحقاق الثواب بفعلها صحيحه، و يحتمل الثانى لأن الدليل على صحه العتق إذا أريد به وجه الله تعالى، و هو أعم من ترتب الثواب و عدمه. (الثالثه): هل يعتبر فى التقرب معرفه الله أم يكفى التقليد؟ يحتمل الأول، لأن هذه المعرفه ليست حقيقه، فليس ثم مقصود، و يحتمل الثانى، لصدق أنه قصد وجه الله- ثم قال-: إذا عرفت ذلك فنقول: الأصحاب جوزوا وقف الكافر و صدقته، مع أنهما مشروطان بنيه القربه، و هو يشعر باختيارهم الثانى من الاحتمالين، فحينئذ يصح عتق الكافر، و إن قلنا بأول الاحتمالين لا يصح، ثم اعلم أن الكفر بسبب إنكار واجب الوجود تعالى و إقامه الشبهه على إنكاره لا يصح معه شى ء من العبادات، لزوال جميع المقدمات، و أما لو لم يكن شبهه بل مجرد إنكار قلد فيه فيصح على الثانى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من كتاب العتق و الباب- ۱۳- من كتاب الوقوف و الصدقات.

من الاحتمالين، و أما الكافر المقر بالله تعالى العارف به و كفره بسبب جحده النبوه

أو بعض فرائض الإسلام فإنه لا ينبئ إلا على ثانى الثانيه، فهو أولى بالجواز إذن، ثم اعلم أن العتق لما بنى على التغليب و الوقف و الصدقه لما اشتمل على نفع الغير و اشتمل الجميع على الماليه فجانب الماليه أغلب من جانب العباده، فمن ثم وقع الخلاف فى صحه العتق، و لم يقع فى عدم صحه الصلاه و الصوم، و الأقوى صحته عندنا ما لم يجحد الله تعالى إذا اعتقد أن العتق قربه إلى الله تعالى شأنه لما عتقه عن الكفاره». و هو الأصل لكل من تأخر عنه فى هذه المسأله.

و تبعه الكركى فى حاشيه الكتاب فى النتيجه، فقال: «إن كان كفره بجحد الربوبيه أو لم يعتقد كون العتق قربه أو أعتق عن الكفاره لم يصح و إلا صح» إلى غير ذلك من كلماتهم التى يشبه بعضها بعضا.

لكنها لا تخلو من نظر، لا لعدم مشروعيه عباداتنا فى دينهم، لإمكان فرض ذلك، خصوصا فى مثل العامه بل يمكن فرض وقوع ذلك من بعضهم بعنوان أنه مذهبه و لو جهلا، بل لإمكان دعوى التواتر فى نصوصنا(۱)أو الضروره من مذهبنا على أنه لا عباده لغير المؤمن مطلقا، لأنه يعتبر فيها موافقه الأمر من حيث دلاله ولى الله تعالى شأنه عليه، و لذا قرن طاعته بطاعتهم و محبته بمحبتهم (۲)فمن جاء بعباده موافقه لأمره لكن لا- من حيث دلاله وليه عليه لم تكن صحيحه، و الأمر فى الشريعه السابقه بعد نسخها غير كاف فى الصحه و إن وافق الأمر فى شريعتنا.

و من هنا تعذر على الكافر بجميع أقسامه نيه التقرب المأخوذ فيه ملاحظه الأمر بواسطه ولاه الأمر، و كذا المخالف، و لا صحه فى وقفهم و صدقاتهم، و إنما لها حكم الصحه فى بعض ما جرت السيره و الطريقه على استعماله كذلك من مساجدهم و بيعهم و كنائسهم و نحو ذلك، لا الصحه الحقيقيه التى يستحق فاعلها الثواب على

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب مقدمه العبادات.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآيه ۵۹ و سوره المائده: ۵- الآيه ۶۰.

فعلها من حيث صدق امتثال الأمر على وجهه المستلزم عقلا بقاعده اللطف استحقاق الثواب، و لا الموافقه للأمر الذى قد عرفت أنه يعتبر فى امتثاله ملاحظه من كان الواسطه به.

قال الباقر عليه السلام فى خبر زراره(۱): «أما لو أن رجلا قام ليله و صام نهاره و تصدق بجميع ماله و حج جميع دهره و لم يعرف ولايه ولى الله تعالى شأنه فيواليه و يكون جميع أعماله بدلالته إليه ما كان له على الله حق فى ثوابه، و لا كان من أهل الايمان»

و قال عليه السلام أيضا فى خبر آخر(۲): «من دان الله بغير سماع من صادق ألزمه الله البته يوم القيامه».

و قال أمير المؤمنين عليه السلام(۳): «قد جعل الله للعلم أهلا، و فرض على العباد طاعتهم

بقوله «أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ»(۴)و بقوله:

«وَ لَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَ إِلى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ»(۵)و بقوله:

«وَ كُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ»(۶)و بقوله «وَ ما يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَ الرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ»(۷)و بقوله «وَ أْتُوا الْبُيُوتَ مِنْ أَبْوابِها»(۸)و البيوت هى بيوت العلم الذى استودعه الله عند الأنبياء، و أبوابها أوصياؤهم، فكل عمل من أعمال الخير يجرى على يد غير الأصفياء و عهودهم و حدودهم و شرائعهم و سننهم مردود غير مقبول، و أهله

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب صفات القاضى الحديث ۱۲ و ۱۴ و فيهما« ألزمه الله البته إلى الغناء العناء خ ل».

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب صفات القاضى الحديث ۴۴ من كتاب القضاء.

۴- ۴ سوره النساء: ۴- الآيه ۵۹.

۵- ۵ سوره النساء: ۴- الآيه ۸۳.

۶- ۶ سوره التوبه: ۹- الآيه ۱۱۹.

۷- ۷ سوره آل عمران: ۳- الآيه ۷.

۸- ۸ سوره البقره: ۲- الآيه ۱۸۹.

فی محل کفر و إن شملهم وصف الایمان»

إلی آخره.

و عن رسول الله صلی الله علیه و آله (۱)أنه قال لعلی علیه السلام: «أنا مدینه العلم و أنت بابها، فمن أتی من الباب وصل، یا علی أنت بابی الذی أوتی منه، و أنا باب الله تعالی، فمن أتانی من سواک لم یصل إلی الله تعالی»

إلی غیر ذلک من النصوص التی هی فوق عدد التواتر، بل لعله من ضروری مذهب الشیعه.

و من الغریب دعوی هؤلاء الفضلاء الصحه فی الکافر غیر الجاحد، مع أن مقتضاها اندراجه فی المطیع، بل لا بد من ترتب الثواب علیه بقاعده اللطف، لکونه وافق الأمر و جاء بالمأمور به علی وجهه الذی أراده الله تعالی منه، لأن ذلک مقتضی الصحه، و عدم ترتب الثواب علی هذا الفرض مناف لقاعده اللطف، کما أن التزامه مناف لضروره المذهب بل الدین، و کأن الذی دعاهم إلی ذلک جریان السیره علی إجراء حکم الصحه علی مثل مساجدهم و کنائسهم و بیعهم و نحو ذلک، و قد عرفت عدم الصحه فیها بالمعنی المزبور، بل هو إجراء لحکمها لمصلحه من المصالح، فینبغی الاقتصار فیه علی المتیقن، و أما ما عدا ذلک فلا.

و بذلک یظهر لک النظر فی جمیع تلک الکلمات حتی ما فی الریاض و إن أکثر العجب من القائل بالصحه، لکن کان ینبغی أن یکون ذلک بالطریق الذی ذکرناه، لا ما ذکره الذی قد عرفت إمکان فرضه علی وجه یسلم مما ذکره، علی أنه فی آخر کلامه قد اختار الصحه أیضا فی العتق إذا لم یکن عن کفاره.

نعم قد أجاد سید المدارک بقوله: «و أما اشتراط الایمان فیدل علیه أن التکفیر عباده و العباده من شرطها الایمان، و المقدمتان إجماعیتان، و یدل علی الثانیه الأخبار الکثیره المتضمنه لبطلان عباده المخالف (۲)» و إن کان هو لم یذکر ما ذکرناه أیضا من توجیه تعلیلهم البطلان بتعذر نیه القربه من غیر المؤمن.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب صفات القاضی الحدیث ۴۰ من کتاب القضاء.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب مقدمه العبادات.

و من الغريب أنه فى الرياض وافق أولا على اشتراط الايمان مستدلا عليه بنصوصه و لكن قال بعد ذلك بصحه عتق الكافر إذا لم يكن عن كفاره. و أغرب منه ما فى التنقيح من صحه عتق الكافر غير الجاحد حاكيا له عن العلامه و استحسنه، و أنه يستحق عليه عوضا يشبه الثواب، فيسقط بها جزء من عقابه، و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، و الله المؤيد و المسدد.

و كيف كان ف يعتبر نيه التعيين إن اجتمعت أجناس مختلفه على المكلف متماثله، كما لو كان عليه كفاره ظهار و قتل خطأ، أو مختلفه كأحدهما مع كفاره اليمين مثلا على الأشبه بأصول المذهب و قواعده التى منها توقف صدق الامتثال عليه عقلا و عرفا، كما عرفت فى كل عباده تعدد جنسها على المكلف به، إذ لا مميز للفعل إلا النيه، و الفرض عدم أمر مطلق يقصد امتثاله، كما أن تعدد السبب لا يقتضى تعدد المأمور به دون الأمر، فليس خطابه حينئذ بعتق رقبتين، بل هو مأمور بعتقين أحدهما للظهار و الآخر للقتل مثلا، فلا بد من امتثال كل منهما، و لا يحصل إلا بملاحظه خصوص كل واحد منهما، و إلا لم يقع لأحدهما، فلا يصدق عليه امتثال أحدهما، مؤيدا ذلك كله بقاعده الشغل و غيرها.

خلافا للمحكى عن المبسوط، فاكتفى بالإطلاق مطلقا و وافقه عليه سيد المدارك، لأصاله البراءه من اشتراطه المقطوعه بما عرفت، و دعوى حصول الامتثال للأمر بالتكفير و انصرافه إلى واحده لا بعينها فيبقى فى ذمته اخرى الممنوعه على مدعيها بما سمعت، ضروره أنه لا أمر بالتكفير على جهه الإطلاق، و إنما الموجود الأمر بالتكفير المقيد، و ليس امتثاله عرفا بالمطلق الذى لم يتعلق به أمر، و لو سلم نظير ذلك فى الدفع وفاء عن الدين المتعدد بسبب الرهانه فى بعضه دون آخر أو بسبب اختلاف من له الدين فيتحقق الوفاء مع إطلاق الدفع و إن كان الاحتمالات فى توزيعه أو تعيينه بعد الدفع أو القرعه متعدده، ففرق واضح بين العباده المتوقف صحتها على ملاحظه امتثال الأمر المتعلق بها بخلاف وفاء الدين المتحقق عرفا صدقه و إن فقد التعيين المزبور، فقياس ما نحن فيه على ذلك- كما يومئ إليه ما تسمعه عن الشيخ

من الاكتفاء بالتعيين بعد الفعل- واضح الفساد.

و أوضح منه فسادا تخيل اتحاد الأمر هنا باعتبار اندراج الجميع تحت اسم التكفير الذى قد عرفت عدم مشروعيه مطلقه، و إنما هو اسم انتزاعى لأنواع متعدده كل منها متعلق أمر خاص لا يصدق امتثاله إلا بملاحظته و إلا فالأمر بالعباده أيضا متحد، مع أنه لا ريب فى أن تحته أنواعا مختلفه، و المراد باتحاد الأمر و تعدده التنويع الشرعى بالأوامر المستقله و عدمه، و هذا هو المدار فى وجوب التعيين و عدمه مع الاجتماع على المكلف، كما ستسمع زياده توضيحه.

كل ذلك مضافا إلى إشكال قول الشيخ فى صوره الاختلاف حكما ككفاره الظهار و اليمين، فإنه إن تخير بعد العتق بين عتق آخر و الإطعام كان العتق منصرفا إلى المرتبه، و هو خلاف الفرض، و إن تعين العتق ثانيا كان منصرفا إلى المخيره، و هو خلاف التقدير أيضا، و من هنا فصل فى محكى المختلف، فأوجب التعيين مع اختلاف الكفاره حكما بالتخيير و عدمه، لا مع اتفاقهما و لو فى أصل وجوب العتق، ككفاره الظهار و القتل خطأ أو أحدهما مع كفاره الجمع.

و ربما دفع الاشكال السابق بانصراف العتق أولا- إلى المرتبه لترجيحها على المخيره بتعيينه فيها دونها، و هو كما ترى. و بأن الشيخ صرح فى المبسوط بجواز التعيين بعد الإبهام، فينصرف العتق إلى من أراد صرفه إليها، كما لو عين فى الابتداء، و يبقى حكم الآخر بحاله، فلا محذور حينئذ، و اختاره الفاضل فى التحرير و ولده.

و فيه- مع منع ذلك عليه فى العباده و إن قلنا به فى مثل الديون- أنه قد يتعذر عليه ذلك بموت و نحوه، على أن الاشكال قبل التعيين.

و فى المسالك «يمكن دفعه هنا بالتزام تعيين العتق ثانيا على تقدير كون إحداهما مرتبه و الآخرى مخيره، و لا يلزم انصراف العتق أولا إلى المخيره، بل إلى كفاره مطلقه مما فى ذمته، و تبقى اخرى مطلقه كذلك متردده بين المرتبه

و المخيره، و إن اختار غير العتق لم تحصل براءه الذمه مما هو متعلق بها، لأنه ليس مخيرا، و إذا اختار العتق برئت ذمته على التقديرين، فتعين العتق لذلك لا لانصرافه إلى المخيره و إن شاركه فى المعنى، و هذا كمن عليه كفاره مشتبهه بين المخيره و المرتبه، فإنه يتعين عليه العتق لتيقن براءه الذمه منهما و إن لم يكن العتق متعينا عليه فى نفس الأمر، بل من باب مقدمه الواجب، لتوقف براءه الذمه عليه».

قلت: قد تبع بذلك الفاضل فى القواعد و ولده فى الإيضاح، بل أطنب فى تحرير المعنى المزبور، و قال: «إنه من غوامض هذا الباب».

و لكن قد يقال: إن المتجه على ما يقوله الشيخ مع فرض عدم التعيين ابتداء و بعد العتق الاجتزاء بإحدى خصال الكفاره المخيره، و لا يتعين عليه العتق، و ذلك لأن مقتضى دليله رجوع أوامر الكفارات المتعدده و إن اختلفت إلى أمر واحد و هو التكفير، فيجتمع حينئذ على المكلف حكم الترتيب و التخيير، و يكون كما لو قال له «أعتق» مثلا و «أعتق أو صم أو أطعم» مثلا الذى لا ريب فى تحقق الامتثال فيه بما ذكرنا، ضروره كونه حينئذ عنده كسب واحد اقتضى ذلك، لأنه أرجع الأوامر المتعدده إلى أمر واحد بمقتضى كل واحد منها، و لذا لم يوجب التعيين، معللا له بصدق امتثال الأمر بالتكفير بدونه، و إن كان قد أوضحنا فساده، و قلنا:

إنه لا أمر بالتكفير مطلقا، و إنما الموجود الأوامر الخاصه، و التكفير الشامل لها قدر انتزاعى منا، و إنما الكلام فى التفريع على قوله صحيحا كان أو فاسدا، و التحقيق فيه ما ذكرناه، و ليس عنده الباقى بعد العتق كفاره مجمله دائره بين المرتبه و المخيره كى يجب مراعاه الترتيب تحصيلا للبراءه اليقينيه، بل صريح كلامه أن العتق الأول يقع مطلقا لا مجملا، و لكن قد اكتفى فى الامتثال بإطلاقه، كوفاء درهم من الدرهمين فى الذمه، تعدد سبب شغلها أو اتحد، و حينئذ فالمتجه الاكتفاء فى الامتثال بخصله المرتبه، و واحده من خصله التخيير، و لعل هذا أغمض مما ذكره فخر المحققين، و خصوصا إذا لاحظ وقوع ما ذكرناه دفعه بالعتق مثلا و الإطعام من

و كيله لو كيل الستين، و الله العالم و الموفق و المؤيد و المسدد.

و كيف كان ف لو كانت الكفارات من جنس واحد بأن تكرر الظهار منه أو القتل خطأ أو الإفطار فى شهر رمضان قال الشيخ فى محكى الخلاف يجزئ نيه التكفير مع القربه، و لا يفتقر فى الامتثال إلى التعيين بملاحظه سبب كل واحد منها بخصوصه، لصدق الامتثال بدونه، بل فى محكى الخلاف نفى الخلاف عنه.

و فى غايه المراد «لم أعرف القول باشتراط التعيين مع تجانس السبب لأحد من العلماء، و لكن المحقق جعل فيه إشكالا» و إن أنكر عليه الصيمرى ذلك، و قال:

«إن مذهبه فى الدروس وجوب التعيين، اتحدت الكفاره أو تعددت، اختلف الجنس أو اتحد، و هو ظاهر المصنف فى المختصر، لأنه أطلق وجوب التعيين، و هو المعتمد».

قلت: هو كذلك فيما حكاه عنهما.

و لعله لذا قال الكركى فى حاشيه الكتاب: «المعتمد أنه لا بد من التعيين مطلقا، اختلف الأجناس أو تجانست، لأن الاجزاء إنما يتحقق بالإتيان بالمأمور به على الوجه المأمور به، و إنما يؤثر فى وجوه الأفعال النيه، فلا تتعين الكفاره لسبب معين إلا بالتعيين، و لا يضر قول شيخنا فى شرح الإرشاد بأن اشتراط التعيين مع تجانس السبب لا نعرفه قولا لأحد من العلماء سوى ما ذكره المصنف فيه من الإشكال، إذ لا يضر عدم القائل مع قيام الدليل حيث لم يثبت الإجماع، و نقل الشيخ عدم الخلاف فى ذلك مع تحققه غير قادح».

قلت: و مما عرفت يظهر الوجه فى قول المصنف و فيه إشكال مضافا إلى ما ذكره غير واحد فى وجهه من أن كل واحد من الكفارات عمل، و كل عمل مفتقر إلى النيه، فكل كفاره تحتاج إلى نيه، و إن كان فيه أن البحث فى نيه التعيين لا أصل النيه التى لا كلام فى وجوبها فى كل واحد منها، ضروره عدم صحه العباده بدونها، و لا ريب فى أن كل كفاره عباده.

و من ذلـک یعلم أن کثیرا من الکلمـات فی المقـام مغشوشه حتی هؤلاـء القـائلین بوجوب التعیین فی المفروض، فـإن الصـیمری منهم قال: «و المراد بالتعیین تعیین السـبب لا تعیین شـخص الکفاره فلا یجب أن یقول: «قتل زیـد أو عمرو» و لا النذر الفلانی، و قـد أخـذه من الشـهید فی غـایه المراد قـال: «و اعلم أن هاهنـا تنبیهـا، و هـو أن النزاع إمـا أن یکون فی اشـتراط تعیین خصوصـیه المحلـوف علیـه أو فی اشـتراط تعیین مطلـق السـبب؟ فـان کـان الأـول فاحتمـال عـدم الاـشتراط أظهر، و إن کـان الثـانی فـالحق الاشتراط، لتردد الکفاره بین ما فی الذمه و بین غیره، و لیس صـرفها إلی ما فی الذمه أولی من صرفها إلی غیره، فلا یتمحض لما فی الذمه إلا بالنیه، و الظاهر أنه لا نزاع فی هذا عند هؤلاء، و أن محل النزاع هو الأول».

قلت: و من الغش الـذی ذکرناه ما ذکروه من وجوب التعیین مع الاتحاد الـذی هو صـریح الدروس و التنقیح، و نسـبوه إلی ظاهر النـافع، مع أنه لا وجه لاعتبار التعیین مع الاتحاد، ضـروره کون المراد بالتعیین مع اشتراک ما فی ذمه المکلف، و إلا فالمتعین فی نفسه لاـ یحتـاج إلی التعیین، و احتمـال وجوب ملاحظه خصوص السـبب تعبـدا لا للتمییز- مع أنه من غیر مسأله التعیین- واضـح الفساد، ضـروره إطلاق أوامر التکفیر بأسـبابها، فالسبب غیر داخل فی وجه المأمور به قطعا، و إنما تجب نیه السبب للتشخیص مع الاـشتراک، بل هو کغیره من المشـخصات و لا خصوصـیه له، و من هنا صـح نیه القربه و التکفیر لمن کان فی ذمته کفاره مردده بین الظهار و القتل و إن تمکن من العلم بالرجوع إلی کتاب له مثلا أو بالتذکر و نحوهما.

نعم لا یجزئ مع الاتحاد نیه العتق المطلق من غیر ملاحظه التکفیر لاشتراکه حینئـذ بین التطوع و بینه، و هـذا غیر ما نحن فیه، کما أن ما سـمعته من الصـیمری لا مدخلیه له فی مسأله التعیین التی هی علی القول بها فی المتجانس لا بد من ملاحظه خصوص کل واحد منها بمشخص من مشخصاته.

و بـذلک کله ظهر لـک عـدم تنقیـح المسـأله عنـدهم، و التحقیق فیها ما أشـرنا إلیه بعـد عـدم دلیل بالخصوص قطعا من أنه متی تعددت الأوامر علی وجه یقتضی التنویع

لم يحصل الامتثال إلاـ بملاـحظه كل واحد منها، إذ المطلق لا أمر به كى يصح امتثاله، و الفعل لا مشخص له مع اشتراكه إلا بالنيه، و متى كان الأمر متحدا و إن تعددت أفراده لا يجب التشخيص، لصدق الامتثال بدونه قطعا، و ذلك كقضاء أيام شهر رمضان الذى هو فى الحقيقه كوفاء الدين، و الأمر الضمنى لا يقتضى التنويع، ففى الكفارات مع اجتماع أسبابها كالظهار و القتل خطأ أو أحدهما مع الإفطار فى شهر رمضان لا بد من التعيين، لأنها أوامر متعدده متنوعه، و لا مدخليه لاتفاق حكم الكفاره بالترتيب و التخيير و عدمه، ضروره عدم اقتضاء الأول اتحاد الأمر الذى قد عرفت أنه المناط فى عدم وجوب التعيين.

فما سمعته فى المختلف- من التفصيل بين المتفقه حكما فلا يجب التعيين بخلاف المختلفه فى الترتيب و التخيير فيجب- واضح الفساد، كما أن القول بوجوب نيه التعيين فى أفراد متحده السبب ككفارات الظهار مثلا على وجه لا يجزئ إلا نيه خصوص كل منها بأحد مشخصاتها كذلك أيضا، ضروره أنها أفراد أمر واحد، و تعددها بتعدد السبب لا يقتضى تعدد أوامرها على وجه التنويع، ضروره كون السبب فى جميعها الأمر بالكفاره للظهار، و فى الحقيقه مع تعدد السبب- مرتين مثلا- كان كالأمر بعتق رقبتين، بل كالأمر بوفاء الدرهمين و إن استقرضهما بعقدى القرض مثلا بخلاف اختلاف الجنس كالقتل و الظهار، فان لكل منهما أمرا مستقلا بكفارته بتوقف امتثاله على تشخيصه، و كان الشيخ فى المبسوط ظن أن هذه الأسباب كأسباب الدين المختلفه بالقرض و الجنايه و الشراء مثلا، فإنه مع اجتماع القدر المخصوص منها فى الذمه يكفى فى صدق الوفائيه الدفع المطلق عنها من دون تشخيص، و لكنه كما ترى، ضروره الفرق بين أوامر العباده الملاحظ فيها قصد الامتثال و غيرها، فلا بد من ملاحظه كل واحد منها بإحدى مشخصاته فى صدق امتثاله.

و بذلك كله بان لك الوجه فى اختلاف كلماتهم، و أن التحقيق فيها ما ذكرنا،

و أنه لا معنى لإشكال المصنف فى عدم وجوب التعيين فى أفراد متحده الجنس لما عرفت من أنها أفراد أمر واحد، نعم يجب قصد التكفير عن ذلك السبب أو عما فى ذمته فى كل واحد منها لا خصوص كل واحد منها بمشخصه. كما إذا اختلف السبب.

بل بان لك مما ذكرناه أنه لا وجه لقول المصنف أما الصوم فالأشبه بالمذهب أنه لا بد فيه من نيه التعيين ضروره عدم الفرق بين الصوم و غيره من خصال متحده الجنس، و قول الأصحاب يجب التعيين فى الصوم فى غير شهر رمضان و النذر المعين يراد منه بنيه التكفير، لا خصوص كل شخص من أشخاص سببها المتحد، كما هو واضح و بذلك يظهر لك أن هذا الكلام من جمله الكلام المغشوش.

و أما ما ذكره هنا من أنه يجوز تجديدها إلى الزوال فهو أمر خارج عما نحن فيه، و قد استوفينا الكلام فيه فى كتاب الصوم، و أنه هل يختص بالناسى و من بدا له أو مطلقا حتى من تعمد العدم فى الليل حتى طلع الفجر، فلاحظ و تأمل.

[فروع على القول بعدم وجوب التعيين]

[الأول لو أعتق عبدا عن إحدى كفارتيه صح]

الأول:

لو أعتق عبدا عن إحدى كفارتيه المتفقتين فى الترتيب، أو التخيير أو المختلفتين صح، لتحقق نيه التكفير التى اجتزأ بها القائل بذلك إذ لا عبره بالسبب عنده و لا غيره من المميزات مع اتحاد الحكم الذى هو وجوب العتق مرتبا أو مخيرا، نعم على ما سمعته من العلامه لا بد من إراده الترتيب فى الكفارتين أو التخيير فيهما من اتحاد الحكم فهو حينئذ أخص من الأول، و حينئذ فإن كانتا مع اختلاف سببهما متفقتين فى الجمع أو الترتيب أو التخيير برى ء من العتق عن أحدهما، و لزمه فى الأول عتق رقبه اخرى مطلقه كذلك فتبرأ ذمته منهما بالنسبه إلى العتق، و كذا فى الثانى أو المركب منهما، و أما الثالث فإنه بالعتق تبرأ من إحداهما و يتخير ثانيا بين فعل إحدى الخصال الثلاث مطلقه فيبرأ منهما.

و لو كانت إحداهما مرتبه و الآخرى مخيره برئت ذمته من إحداهما أيضا لا على التعيين، و تعين عليه العتق ثانيا عن إحداهما كذلك، لتوقف البراءه مما فى ذمته المتردد بين الأمرين عليه إن لم يصرف ذلك المطلق الأول بعد العتق إلى واحده معينه و إلا لزمه حكم الآخرى خاصه، و لو عجز ثانيا عن العتق تعين عليه الصوم، لما عرفت من العله فى العتق.

[الثانی لو کان علیه کفارات ثلاث متساویه]

الثانی:

لو کان علیه کفارات ثلاث متساویه فی الترتیب بین العتق و الصوم و الصدقه نحو کفاره الظهار و القتل و الجز بناء علی أنه کفاره ظهار، أو متساویه فی الخصال و إن اختلفت فی الترتیب و التخییر، کما لو کان مع الأولتین کفاره إفطار شهر رمضان فأعتق و نوی القربه و التکفیر أجزأ عن واحده غیر معینه إذا لم یعینها بعد العتق.

ثم لو عجز عن العتق فصام شهرین متتابعین بنیه القربه و التکفیر بری ء من اخری کذلک أیضا ثم لو عجز عن الصوم فأطعم ستین مسکینا کذلک بری ء من الثلاث و لو لم یعین و کذا لو کان إحدی الثلاث مثلا مخیره، أما لو کانت الثلاث مخیره فلا حاجه إلی اعتبار العجز بخلافه علی الأولین، و لو اجتمع علیه ثلاث کفارات جمع فأعتق و نوی الکفاره مطلقا فإنه یبرأ من عتق واحده غیر معینه، فاذا صام کذلک بری ء من صوم واحده کذلک، فإذا أطعم فکذلک ثم إن لم یصرفه إلی واحده معینه و إلا افتقر فی تعیین الخصال إلی الإطلاق، و الله العالم.

[الثالث لو كان عليه كفاره و لم يدر سببه فأعتق و نوى القربه و التكفير أجزأ]

الثالث:

لو كان عليه كفاره و لم يدر أ هى عن قتل مثلا أو عن ظهار فأعتق و نوى القربه و التكفير أجزأ بلا إشكال. لما عرفت من إجزاء هذه النيه مع العلم بنوع الكفاره و تعددها، فمع الجهل و اتحادها أولى، بل فى المسالك «و لو اشترطنا التعيين مع العلم احتمل سقوطه مع الجهل- كما فى هذه الصوره- و وجوب التردد بين الأمرين كالصلاه المشتبه حيث و جب تعيينها ابتداء فكذا مع الجهل، فتردد النيه بين الأقسام المشكوك فيها، و هو أولى».

و فيه أن المتجه سقوطه حتى مع العلم، لأنه متعين فى نفسه، و التعيين إنما يجب مع التعدد، لتوقف صدق الامتثال عليه بخلاف المتعين، فإنه يكفى فى صدق امتثاله ملاحظه الأمر المتعلق به واقعا، و ليس فى الأدله وجوب التعرض لخصوص السبب فى النيه، ضروره صدق امتثال كفاره النذر مثلا بقصد الأمر الذى فى ذمته، و كان فى الواقع نذر مثلا، كما هو واضح.

و قد يفرق بين الظهريه و العصريه و بين المقام بإمكان القول بوجوب ملاحظه القيود المزبوره فى نفسها، لا للتعيين لدخولها فى نفس المأمور به، فيتوقف صدق الامتثال عليها، بخلاف المقام المعلوم خروج ملاحظه السبب عن المكلف به الذى هو الكفاره له فتأمل جيدا، فإنه لا يخلو من دقه.

هذا و فى حاشيه الكركى على الكتاب «و لو قلنا باشتراط التعيين وجب الترديد بينهما» و لا يخفى ما فيه، ضروره عدم كونه تعيينا حينئذ، بل إما أن يقال بسقوطه أو لا بد من التكرار بناء على حصول الاحتياط به، و الله العالم.

[الرابع لو شک بین النذر و الکفاره فنوی التکفیر لم یجز و کذا العکس]

الرابع:

لو شک فیما فی ذمته بین نذر و کفاره ظهار مثلا فنوی التکفیر أو النذر لم یجز، لأن النذر لا یجزئ فیه نیه التکفیر و هو لا یجزی فیه نیه النـذر، نعم لو نوی إبراء ذمته من أیهما کان مع التردید بینهما و بدونه کما سمعته سابقا جاز لکونه قدرا جامعا بینهما مختصا بهما مع فرض عدم احتمال غیرهما فی ذمته، بل یقوی الاکتفاء بذلک مع تمکنه من العلم، لما سمعته سابقا من اتحاد المکلف به و تعینه فی نفسه، بل و إن لم یتشخص عنده بما عینه به واقعا، و ما سمعته من الکرکی سابقا قد عرفت ما فیه و إن ذکره هنا أیضا.

و لو نوی العتق مطلقا أی مجردا عن الصفه التی تقتضی تشخیصه فی الواقع لم یجز، لأن احتمال إراده التطوع أظهر عند الإطلاق، و مع فرض عدم نیتها أقصاه الإطلاق المجرد عن التشخیص، و کذا لو نوی الوجوب، لأنه قد یکون لا عن کفاره و لا عن نذر، فهو غیر قابل فی حد ذاته للتشخیص، لأنه من صفات الأمر، نعم لو نوی العتق الواجب مریدا به التشخیص أجزأ، بل لو قصد التمیز بالوجوب کان کذلک و إن کان الأول أظهر فی إراده التشخیص.

و لعله لذا فرق فی القواعد بین نیه الوجوب و العتق الواجب، فلا یجزئ الأول و یجزئ الثانی، فما فی المسالک- من أن الفرق بینهما غیر واضح- لا یخلو من نظر، و الأمر سهل بعد معلومیه کون المدار علی نیه ما یحصل به التشخیص واقعا و إن لم یعلم به بعینه، لصدق الامتثال، و الله العالم.

[الخامس لو كان عليه كفارتان و له عبدان فأعتقهما و نوى نصف كل واحد منهما عن كفاره صح]

الخامس:

لو كـان عليه كفارتـان مثلا و له عبـدان فأعتقهما عنهما و لكن كان كيفيه ذلك بأن نوى عتق نصف كل واحـد منهما عن كفاره قاصدا للسرايه فى النصف الآخر أو لم يتعرض لذلك على حسب ما سمعته سابقا صح، لأن كل نصف تحرر عن الكفاره المراده به بقصده تحرره لها و يحرر الباقى عنها بالسرايه التى قد عرفت الحال فيها.

و كـذا لو أعتق نصف عبـده عن كفـاره معينه صـح لأـنه ينعتق كله دفعه كمـا تقـدم الكلام فى ذلك كله و فى المحكى عن ابن الجنيد، و ليس المراد من العباره عتق كل من نصفى كل من العبدين عن كفاره بمعنى نيه نصف عن واحده و النصف الأخر عن الآخرى، و هكذا الحال فى العبد الآخر، كما ادعى فى المسالك أنه المتبادر من العباره أو هى شامله له، ضـروره فساده على هذا التقـدير، بـل لاـ موضوع للسـرايه و الرغبه فيه ملفقه، و من المعلوم عـدم إجزائهـا حينئـذ، فليس المراد من العباره إلا ما ذكرناه، و يكون هو حينئذ عين المسأله السابقه.

و لكن المصـنف أعـاده لبيـان حكم مـا ذكره بقوله أمـا لو اشترى أباه أو غيره ممن ينعتق عليه و نوى به التكفير قال فى المبسوط يجزئ للصـدق، إذ العتق و إن كـان قهريا إلا أنه اختيارى السـبب، مثل عتق النصف المقتضـى للسـرايه، و مع فرض اسـتمرار النيه تصادف ملكه الذى هو شـرط أو سـبب فى الانعتاق، و فى الخلاف لا يجزئ، و هو أشـبه (۱۱) عند المصـنف بأصول المذهب و قواعـده، لأـن نيه العتق (۱۲) قبـل الشـراء لاـ أثر لهـا، إذ هى تـؤثر فى ملـك المعتق (۱۳) و إن تبعـه غيره، كمـا سـمعته فى العبد المشترك لا فى ملك غيره (۱۴) و بعده تصادف حريته ف (۱۵) ان السرايه سابقه على النيه، (۱۶) و حينه ملكا(۱)غير مستقر ف (۱۷) على كل حال

۱- ۱ هكذا فى النسخه الأصليه المسوده و المبيضه و الاولى« كان ملكا».

لا يصادف حصولها ملكا يصلح للعتق عن الكفاره.

و قـد استشـكل فى ذلك الفاضل فى القواعد، و جعل منشأ الاشـكال ما سـمعته من التعليلين، لكن فى إيضاح ولده «الأصح عدم الإجزاء، لأن الملك هنا سبب معد للعتق لا من الأسباب الفاعله، لأن السبب الفاعل هنا النسب، و الملك جاعل المحل قابلا لتأثير النسب فى العتق، و فاعل قبول المحل لأثر صادر عن غيره ليس بفاعل لـذلك الأثر، فلا يصـدق عليه أنه أعتق، و لأن المكلف به مباشـره العتق، و مباشـره العتق إنما تكون بفعل سببه المؤثر، و القابل لا يصلح هنا للتأثير- قال-: و لقد عرضت هذا على المصنف و استحسنه- و قال-: الذى افتى به أنه لا يجزئ».

و فيه إمكـان منع كون الفاعـل النسب، إذ قـد يقـال: إنه الملك بشـرط النسب أو هما معا العله التامه، بل مع قطع النظر عن ذلك يصدق نسبه التحرير إليه على نحو غيرها من النسب الصادره من الأسباب كما أومى إليه فيما تسمعه من المسالك.

و كـأن الشـهيد فى غـايه المراد قـد عرض به، حيث اسـتدل على الإـجزاء بـأن «الملـك سابق على السـرايه قطعا، لسـبق العله على المعلول، و السـبب سـابق على الملك، ضـروره سـبق السـبب على المسـبب، و النيه مقارنه للسـبب إلى حين الشـراء، فالسـرايه لم تصادف إلا عبـدا معتقا عن كفاره فلا سـرايه- ثم قال-: و حينئـذ نمنع وجود العتق هنا إلا عن الكفاره لأنه إنما ينعتق لو لم يوجد سبب أسـبق، و قد وجد نيه الكفاره» و لا يخلو من قوه و إن ناقشه فى كشف اللثام بأنه لو لم يكن العتق للقرابه لافتقر إلى صـيغه، و التزامه بعيد جدا، على أن نيه العتق ليست سببا فيه، و الأسباب الشرعيه لا تتمانع.

و لكن فى المسالك بعد أن ذكر ما سمعته فى غايه المراد قال: «و هذا متجه بشرط استصحاب النيه فعلا إلى عقد البيع، لتصادف الملك و تصدق مقارنتها للسبب إلى حين الملك، و ما ذكروه من الفرق بين هذه و عتق المشترک بأن النيه إنما أثرت

فی المملوک أما ما سری إلیه العتق من ملک الغیر فلم یکن مملوکا حال النیه، و إنما ترتب السرایه علی عتق البعض و حکم بملک المعتق له ضمنا قبل السرایه فالأمر هنا کذلک، بل الملک هنا حقیقی لا ضمنی، لأن الانعتاق مسبب عن ملک القریب له، فإذا قارنته النیه فقد قارنت العتق و اشترکا فی مقارنتها السبب، و ربما فرق بین الأمرین بأن العتق بالنسبه إلی السرایه إلی حصه الشریک سبب فاعلی له، و الشراء بالنسبه إلی عتق القریب سبب معد لا فاعل، لأنه یجعل المحل قابلا لتأثیر النسب فی العتق، و السبب الفاعلی فیه هو النسب، و فاعلیته قبول المحل لأثر بفعل غیره غیر فاعل لذلک الأثر، و المعتبر فی العتق المطلوب فی الکفاره کون المعتق فاعلا له کما مر، و فیه نظر، لاشتراک الأمرین فی أصل السببیه التی لها مدخل فی التأثیر فی العتق، و الفاعل له حقیقه هو الله، و إنما هذه اعتبارات نسبها الله تعالی علامه لحکمه لا فاعله فی الحکم، فإما أن یصح العتق فی الکفاره فیهما نظرا إلی السببیه أو لا فیهما، لعدم مباشرته للصیغه التی جعلها الشارع موجبه للعتق بذاتها».

قلت: و هو ما أشرنا إلیه سابقا من الاتحاد فی صدق النسبه عرفا فی الجمیع، إذ التحریر الجعل حرا، و هو یعم ما کان بالصیغه و غیره، و هنا قد حرره بالشراء، و لما کان عقد البیع هنا کافیا فی العتق جری مجری صیغه الإعتاق، فکما تکفی النیه عندها تکفی عنده، و إن ضویق فی الاکتفاء بها فلینوه مستمرا إلی ما بعده، لیصادف الملک، کما أشرنا إلیه سابقا، فالمتجه حینئذ الاجزاء إلا أن یکون إجماعا، کما عساه یظهر من عباره المبسوط، حیث قال: «لا یجزئ عندنا» و من الغریب أن الموجود من عبارته ذلک، و قد حکی المصنف عنه فی المتن القول بالإجزاء اللهم إلا أن یکون له مقام آخر.

[الشرط الثانی تجریده عن العوض]

الشرط الثانی:

تجریده عن العوض ف لا تجزئ المکاتبه بنوعیها بل لو قال لعبده:

«أنت حر و علیک کذا» لم یجز عن الکفاره اتفاقا کما فی کشف اللثام، و ل عله لما ذکره غیر واحد، بل ظاهرهم أنه کالمفروغ منه من أن قصد العوض ینافی الإخلاص المعلوم اعتباره فی العباده التی قد عرفت کون الکفاره منها.

و کذا لو قال له قائل: «أعتق مملوکک عن کفارتک و لک علی کذا» فأعتقه لم یجز عن الکفاره أیضا إجماعا کما فی المسالک فیه و فی سابقه، لما عرفته، و ما عن بعض الشافعیه- من الصحه عن الکفاره و سقوط العوض، لحصول العتق، فهو حینئذ نحو قول القائل: «صل الظهر عن نفسک و لک علی کذا» فصلی أنه تجزؤه صلاته و لا یستحق العوض- واضح الفساد بعد ما عرفت، بل لعل الحکم فی المقیس علیه کذلک إذا فرض أنه صلی بقصد العوض المنافی للإخلاص.

نعم قد یشکل أصل التعلیل فی الصورتین بأن ذلک إن نافی الإخلاص المعتبر فی نیه الکفاره نافاه أیضا فی نیه العتق المجرد عنها بناء علی أنه عباده، ضروره عدم الفرق حینئذ بین النیه فیهما، و ظاهرهم المفروغیه من الصحه مع التجرد عن الکفاره، بل الجعل فی الصوره الثانیه إن کان منافیا للإخلاص فی النیه لم یصح جعله فی الحج و الصلاه و غیرهما من العبادات، و کذا الإجاره المعلوم فساد التزامه، لاستفاضه النصوص (۱)فی الإجاره علی الحج.

و دعوی الفرق بین المقام و بینه- بأن الجعل هنا علی فعل راجع إلی نفس المجعول له بخلاف الأول- یدفعها أن ذلک یقتضی فساد الجعاله لا فساد النیه، مع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲ و ۳ و ۴ و ۱۰ و ۱۱- و غیرها من أبواب النیابه فی الحج- من کتاب الحج.

أن ظاهرهم عدم الإشكال فى الصحه من هذه الجهه و لعله لإطلاق أدله الجعاله(۱)و إمكان ترتب نفع له على ذلك، فالتحقيق الاستناد فى أصل الحكم إلى الإجماع الذى سمعته، أو إلى دعوى ظهور أدله الكفاره فى التحرير المجرد عن العوض.

نعم فى وقوع العتق لا عنها تردد من تغليب الحريه و صدور الصيغه من أهلها فى محلها كما عن المبسوط، بل فى غايه المراد «هذا هو الأصح» و فى كشف اللثام «هو الأجود» و من أنه إنما نوى المقيد الذى يرتفع المطلق- الذى لم ينو- بارتفاعه، إذ لا عمل إلا بنيه، و لعله الأقوى وفاقا للدروس و حاشيه الكركى.

و لكن لو قيل بوقوعه هل يلزم العوض؟ قال الشيخ: نعم، و هو حسن فى الصوره الأولى، لعموم ما دل (۲)على صحه الشرط فيها، و

البطلان عن الكفاره لا يقتضى بفساد الشرط الذى صحته تبع لصحه العتق لا لصحه كونه عن الكفاره.

أما الثانيه فلا يخلو من وجه بناء على ما عن المبسوط من أنه يقع عن الباذل، و يكون ولاؤه له، و إن كان فيه ما فيه أيضا، أما على القول بكونه عن المالك فقد يشكل بأنه لم يقع المعوض عنه، و هو العتق عن الكفاره، و لا وقع العتق له، فلا يستحق العوض الذى هو الجعل على ذلك، و من هنا قيل: إن الحكم بلزوم العوض و عدم الإجزاء عن الكفاره مما لا يجتمعان، و الثانى ثابت إجماعا فينتفى الأول.

و ما يقال-: من أن الجعل قد وقع عن العتق عن الكفاره، و قد فعل و إن كان لا يجزئ شرعا، إذ الإجزاء حكم شرعى، و ليس فعلا للمكلف حتى يصح

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- و غيره من كتاب الجعاله.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب المكاتبه من كتاب التدبير و المكاتبه.

الجعل علیه- یدفعه أن الجاعل إنما یجعل علی الفعل الصحیح شرعا، نحو غیره من الجعل علی نحو الصلاه و الحج و غیرهما، و تعذر ذلک هنا لا یقتضی إراده الصوره، خصوصا إذا کان الجاعل جاهلا بالحکم الشرعی، فالحق عدم استحقاق الجعاله حینئذ، نعم لو علم بالقرائن أن الغرض من ذلک تخلیص العبد من الرق کیف کان و ذکر الکفاره من باب المثال اتجه حینئذ لزومه حتی لو قلنا بوقوع العتق عن المالک.

و علی کل حال لو رد المالک العوض بعد قبضه أو أبرأه قبل قبضه لم یجز عن الکفاره أیضا لأنه إذا لم یجز حال الإعتاق فلم یجز فیما بعد، نعم لو قال ابتداء عقیب الالتماس: «أعتقه عن کفارتی لا علی الألف» کان ردا لکلامه و أجزأه عن الکفاره، کما هو واضح.

و لو اشتری بشرط العتق فأعتقه عن الکفاره ففی محکی المبسوط لم یجزه عنها، و لعله لأنه إن جبر علی الإعتاق فهو عتق واجب لغیر الکفاره، و إلا فهو إعتاق لغیر تام الملکیه، لکنه کما تری، ضروره تناول الإطلاقات له، إذ هو عتق بلا عوض، و الوجوب بالشرط مؤکد للوجوب عن الکفاره لا إعتاق، و لعله لذا کان المحکی عن التحریر و المختلف الحکم بالإجزاء، و فی کشف اللثام «لا یبعد التفصیل بالإجزاء إن تقدم وجوب الکفاره علی الشراء، و العدم إن تأخر» و لا یخلو من نظر بناء علی أن المراد من الشرط حصول ماهیه العتق کیف کان بحیث یندرج فیه العتق عن الکفاره، و الله العالم.

[الشرط الثالث أن لا يكون السبب محرما]

الشرط الثالث:

أن لا يكون السبب المؤثر للعتق محرما، فلو نكل بعبده بأن قلع عينيه أو قطع رجليه و نوى التكفير انعتق، و لم يجز عن الكفاره بلا خلاف و لا إشكال للنهى (۱)المنافى لقصد الطاعه به المتوقف على الأمر به.

هذا كله فى العتق.

[القول فى الصيام]

و أما القول فى الصيام و هو أحد خصال الكفاره بلا خلاف فى أنه يتعين أى الصوم فى المرتبه مع العجز عن العتق المراد من عدم الوجدان الذى هو عنوان الحكم فى الكتاب العزيز(۲)أو المندرج فيه، و لا إشكال بعد توافق الكتاب و السنه(۳)و الإجماع عليه.

و لا ريب فى أنه يتحقق عدم الوجدان الذى عبر عنه المصنف ب العجز إما بعدم وجود الرقبه عنده و عدم ثمنها و إما بعدم التمكن من شرائها و إن وجد الثمن، لعدم الباذل و قيل: حد العجز عن الإطعام أن لا يكون معه ما يفضل عن قوته و قوت عياله ليوم و ليله (۱۱) و نحوه فى التحرير إلا أنه لا يخفى عليك ما فى ذكر ذلك فى المقام الذى هو فى العجز عن الرقبه لا الإطعام.

و من هنا قال فى المسالك بعد أن ذكر استثناء النفقه: «و لم يقدر الأكثر هنا للنفقه و الكسوه مده، فيمكن أن يكون المعتبر كفايه العمر، و يتحقق ذلك بملك ما يحصل من نمائه إدرار النفقه فى كل سنه بما يقوم بكفايته و نحو ذلك،

۱- ۱ يمكن استفاده النهى مما ورد فى تعزير من نكل بعبده المروى فى المستدرک فى الباب- ۱۹- من كتاب العتق.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۹۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الكفارات.

و یمکن أن یریدوا به مئونه السنه، لأن المئونات تتکرر فیها و یتجدد الإعداد لها، و أن یریدوا به قوت یوم و لیله زیاده علی المحتاج إلیه فی الوقت الحاضر من الکسوه و الأمتعه، و لعدم ورود التقدیر هنا فی النصوص عدل المصنف إلی قوله: «و قیل: حد العجز» إلی آخره، و لم یذکر العجز عن الرقبه لما ذکرناه».

و فیه أن المصنف لم یتقدم له ذکر النفقه أصلا، و إنما ذکرها بعد ذلک، و یمکن أن یکون مراد المصنف بذلک أنه یأتی علی هذا القول کون حد العجز عن الرقبه أن لا یکون عنده ما یفضل عن قوت یوم و لیله، ضروره عدم الفرق بینهما فی ذلک، و وجهه حینئذ أن الکفاره من قبیل الدیون التی یقتصر فیها علی ذلک مع المستثنیات، و إن کان قد یناقش بإمکان کون المراد من الوجدان الغنی نحو

قوله علیه السلام (1): «لی الواجد یحل عقوبته و عرضه»

الذی هو مثل

قوله (2): «مطل الغنی یحل عقوبته و عرضه».

قال فی الصحاح: «وجد فی المال وجدا و وجدا و وجدا و جده أی استغنی- إلی أن قال-: و أوجده أو أغناه یقال: الحمد لله الذی أوجدنی بعد فقر» و فی مختصر النهایه «الواجد الغنی

الذی لا یفتقر، و لی الواجد أی القادر علی قضاء دینه، و وجد یجد جده استغنی».

و ربما یؤیده

موثق إسحاق بن عمار(3)عن أبی إبراهیم علیه السلام «سألته عن کفاره الیمین فی قوله تعالی (4)فَمَنْ لَمْ یَجِدْ فَصِیامُ ثَلاثَهِ أَیّامٍ ما حد من لم یجد؟

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الدین و القرض الحدیث ۴ من کتاب التجاره.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الدین و القرض الحدیث ۳ و المستدرک الباب- ۸- منها الحدیث ۲ و ۶ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۷۰ و فی الجمیع« مطل الغنی ظلم».

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب الکفارات.

۴- ۴ سوره المائده: ۵- الآیه ۸۹.

و أن الرجل ليسأل فی كفه و هو يجد، فقال: إذا لم يكن عنده فضل عن قوت عياله فهو ممن لا يجد»

و إن كان هو فی غير ما نحن فيه من وجدان الرقبه لكنه تفسير لمطلق من لا يجد على معنى أنه المالك لأزيد مما يحتاجه من قوته و قوت عياله و غيره من مئونه، فيكون ذكر القوت مثالا لكل مئونه، و اعتبار الزياده حينئذ لأجل إمكان الإتيان بالمأمور به، و هو على جدته، لا أنه بذلك يكون فقيرا و مسكينا و حينئذ يكون المرتب عليه الصوم عدم الجده أى الغنى و السعه، و منه يشكل الحال فی كثير مما ذكروه، فلاحظ و تأمل.

و كيف كان فلو وجد الرقبه و كان مضطرا إلى خدمتها لمرض أو كبر أو زمانه أو ضخامه أو لرفعه شأن أو إلى ثمنها لنفقته أو كسوته له أو لعياله الواجبی النفقه عليه، أو لدين و

إن لم يطالب به، أو حق لازم عليه أو نحو ذلك لم يجب العتق بلا خلاف و لا إشكال.

نعم فی المراد من النفقه الوجوه أو الأقوال السابقه التی حكی عن ظاهر المبسوط اختيار الأول منها، لأنه قال: «إما أن يكون له فضل عن كفايته على الدوام أو وفق الكفايه، فإن كان له فضل لم يكن من أهل الصيام، لأنه واجد، و إن كان له وفق كفايته على الدوام لا يزيد شيئا، فإن فرضه الصيام» و فی الدروس و المسالك و حاشيه الكركی و غيرها اختيار الثالث منها، لأن الكفاره بمنزله الدين الذی يستثنى منه ذلك بالنسبه إلى القوت.

و فی المسالك «و أما الكسوه المحتاج إليها فی الوقت فمستثناه و إن بقيت بعد ذلك مده طويله بغير خلاف، و كذلك المسكين و الخادم- ثم قال-: و حيث كان المعتبر قوت اليوم و الليله فلو كانت مئونته تستدر من ضيعه أو تجاره و يحصل منهما كفايته بلا مزيد و لو باعهما لتحصيل عبد كان ممكنا لارتد إلى حد المساكين كلف ذلك، و استثنى مئونته مما ذكر، و لو اعتبرنا قوت السنه أو الدوام لم يقع، و اختلف كلام العلامه، ففی التحرير أوجب بيعهما، و فی القواعد قطع بعدم الوجوب، مع أنه لم يبين المراد من النفقه المستثناه له، و لكن هذا يشعر باستثناء أزيد من قوت

اليوم و الليله».

و رده فى الرياض بعد أن حكاه عن الدروس و جماعه مستدلا له بصدق الوجدان لغه «بأنه معارض بعدم الصدق عرفا و عاده، و هو الأرجح حيثما حصل بينهما معارضه، مع التأيد بأصاله البراءه و الأولويه المستفاده من نفى الزكاه التى هى أعظم الفرائض بعد الصلاه عن مثله بالإجماع و الأدله، مع منافاه الوجوب حينئذ للمله السهله السمحه، و استلزامه العسر و الحرج فى الشريعه المحمديه على المتصدع بها ألف صلاه و سلام و تحيه، فالقول بذلك بعيد غايته كالقول الأول، فإذا الأوسط أوجه».

قلت: لا يخفى عليك ما فى جميع ذلك بعد الإحاطه بما ذكرناه من أن المراد بالوجدان السعه و عدمه عدمها، و لعل إيكالهما إلى العرف أولى من ذلك كله، و قياس ما نحن فيه على الدين ليس من مذهبنا و تقدير النفقه بما سمعت لا مدخليه له فيما نحن فيه، ضروره عدم كونها عنوانا لحكم شرعى هنا فى شى ء من الكتاب و السنه، كما أنه لا مدخليه هنا لملاحظه ذكر المستثنيات فى الدين عينا أو قيمه بناء على أن الكفاره منه، ضروره عدم مناسبه ذلك للخلاف بينهم فى اعتبار نفقه السنه أو تمام العمر الذى من المعلوم عدم ملاحظه مثله فى وفاء الدين الذى قد يمنع شموله لمثل المقام، خصوصا بعد ملاحظه ذكرهم له فى باب المفلس الذى لا يكون إلا فى حقوق الناس دون حقوق الله تعالى، و دعوى الأولويه على وجه يقطع العقل بها ممنوعه، فلا مدرك للمسأله حينئذ إلا ما ذكرناه من كون المعتبر فى وجوب العتق كون المكلف ذا جده أى سعه فى المال، و العرف صالح لتشخيصه.

و إن أبيت جعلت المراد الغنى الشرعى المقابل للفقير كذلك، و حينئذ فاستثناء الأمور المذكوره لصدق عدم الجده فيمن لا يملك سواها، لا للاستثناء فى الدين الذى منه الكفاره، بل لو فرض تعدد بعضها عنده لم يجب عليه بيعه فى العتق مع عدم صدق الجده به.

و بـذلك كله ظهر لك أن الوجه فيما ذكره المصـنف و غيره من أنه لا يباع المسـكن و لا ثياب الجسد و لا غيرهما مما ذكر فى الدين كدابه الركوب للحاجه أو للشرف و غيرها ما قلناه من عدم صدق الجده.

بل و النظر فى قولهم و يباع ما يفضل عن قـدر الحاجه من المسـكن إذا فرض عـدم تحقق صـدق الجـده و السـعه به، نعم لا بأس بقولهم لا يباع الخادم على المرتفع عن مباشره الخدمه لكن لما ذكرناه، لا لما ذكروه من كونه مستثنى فى الدين.

و منه يعلم النظر فى قولهم و يبـاع على من جرت عـادته بخـدمه نفسه إلاـ مع المرض المحوج إلى الخـدمه بناء على عـدم تحقق صدق الجده عليه بذلك.

و كـذا الكلام فيما لو كان الخادم غاليا بحيث يتمكن من الاسـتبدال منه ببعض ثمنه الـذى قيل فيه يلزم بيعه، لإمكان الغنى عنه و قيـل: لا يلزم، لإطلاق ما دل على اسـتثنائه فى الـدين و كـذا قيل فى المسـكن إذا كان غاليا و أمكن تحصـيل البـدل ببعض الثمن (۱۱) بحيث يبيعه، لإمكان الجميع بين الأمرين.

و (۱۲) لكن الأشبه (۱۳) عند المصـنف و غيره أنه لا يباع تمسـكا بعموم النهى عن بيع المسكن (۱۴) فى الدين، و قد عرفت أن التحقيق دوران الأمر على صدق الجده و عدمه.

و منه يعلم الحال فى كثير من كلماتهم فى المقام على اختلافها، حتى ذكر الوجهين فيمن وجد الرقبه بأزيد من ثمن المثل المبنى على ما ذكروه فى التيمم من الوجوب للمقدمه، و من عدمه لقاعده «لا ضـرر و لا ضـرار» المشـعر باتحاد المراد من عدم الوجدان فى الموضـعين، إذ هو كما ترى بعـد الإحاطه بما ذكرناه من كون المـدار على صـدق الجـده و عدمها، نعم لو فرض معها توقف شراء الرقبه مثلا على بذل الزائد المستلزم قبحا أو ضررا رجح على باب المقدمه كما حققناه فى محله.

و بالجمله لیس المراد من عدم الوجدان هنا ما أرید به هناک، کما هو ظاهر بعضهم أو صریحه حتی فرع فی المقام بعض ما ذکر هناک، کما عرفت الحال مفصلا.

بقی الکلام فی شی ء، و هو ما ذکروه من الإجزاء لو تکلف غیر الواجد فأعتق، بل ربما ادعی الإجماع علیه إلا مع فرض النهی عنه، و مثل بمن اشتری الرقبه مع وجود الدین المطالب به، و نوقش بعدم اقتضاء الأمر بشی ء النهی عن ضده، و الإثم بترک الوفاء لا یقتضی فساد العتق، و لعل الوجه فی أصل الحکم بعد الإجماع المزبور دعوی ظهور الأدله فی إراده التخفیف برفع الوجوب العینی مع عدم الجده لا أصل المشروعیه، و الله العالم.

و کیف کان فلا خلاف فی أنه مع تحقق العجز عن العتق یلزم الحر فی الظهار و القتل خطأ صوم شهرین متتابعین بل الإجماع بقسمیه علیه، مضافا إلی الکتاب (۱)و السنه(۲)المستفیضه أو المتواتره.

و المشهور بل قیل علیه عامه من تأخر بل عن الخلاف الإجماع علیه أن علی المملوک صوم شهر

للصحیح (۳)«الحر و المملوک سواء، غیر أن علی المملوک نصف ما علی الحر من الکفاره، و لیس علیه صدقه و لا عتق»

و خبر محمد بن حمران (۴)عن الصادق علیه السلام «سألته عن المملوک أ علیه ظهار؟ فقال: نصف ما علی الحر: صوم شهر، و لیس علیه کفاره من صدقه و عتق»

و نحوه غیره (۵)المنجبرین بما سمعت إن کان فی سندیهما ضعف المعتضدین بغلبه التنصیف، بل قیل: إنها قاعده، و بذلک کله تخص الآیه بناء علی ما حققناه فی الأصول من جواز تخصیص الکتاب بخبر الواحد إن لم نقل بظهورها فی الحر، و إلا فلا حاجه إلی التخصیص، و الاختصاص بالظهار یدفعه عدم القول بالفرق بینه و بین القتل خطأ، فما

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۹۲ و سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱ و ۱۰- من أبواب الکفارات.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من کتاب الظهار الحدیث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۲- من کتاب الظهار الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۲- من کتاب الظهار الحدیث ۳.

عن الحلبی و ابنی زهره و إدریس من کونه کالحر فیهما حینئذ واضح الضعف علی أصولنا.

و لو أعتق قبل الأداء وجب الشهران بناء علی ما ستعرفه من أن العبره عندنا بحاله الأداء و لو أعتق بعد التلبس بالصوم فکذلک یجب علیه الشهران علی إشکال، من أن العبره بأول الأداء، و لذا لا یجب علیه العتق إذا أیسر، و احتمال کون مجموع الصوم عباده واحده، و لأن السبب فی حقه سبب لصوم شهر، فلا یتسبب لصوم شهرین، و من أنه إنما کان یکفیه شهر للرق و قد زال، مع کون الظاهر أن صوم کل یوم عباده مغایره لصوم آخر، و إنما کان العبره بأول الأداء فی سقوطه الخصله المتقدمه.

أما لو أفسد ما شرع فیه من الصوم فإنه یجب علیه الشهر ان قطعا بناء علی وجوب العتق علی المکفر إذا أیسر قبل التلبس، فإنه حینئذ کمن لم یشرع، و کذا لو أیسر و أفسد تعین العتق علیه بناء علیه، و قد یحتمل عدم تعین الشهرین علیه، و کذا العتق.

و أما المبعض فیحتمل إلحاقه بالحره لإطلاق الأدله المقتصر فی الخروج منها علی المملوک، و یحتمل ملاحظه النسبه فیه، و لعل الأول أحوط إن لم یکن أقوی.

و لو وجد بالجزء الحر مالا یفی بالعتق و جب علیه العتق للوجدان، و عن العامه قول بأنه لیس له بناء علی أنه یقتضی الولاء و هو لیس أهلا له.

و علی کل حال فإن أفطر الحر فی الشهر الأول من غیر عذر استأنف لفوات التتابع الذی هو شرط فی الإجزاء عن الکفاره بلا خلاف و إن کان لعذر بنی علی صومه، و لم ینقطع تتابعه للأدله و إن صام من الثانی و لو یوما أتم و إن لم یتابع فی الباقی، لتحقق التتابع فی الشهرین و لو شرعا لذلک.

و هل يأثم مع الإفطار؟ فيه تردد و خلاف أشبهه عدم الإثم وفاقا للأكثر كما أشبعنا الكلام في كتاب الصوم (۱)في ذلك كله، بل و في إلحاق التتابع بنذر و شبهه به، بل و في الاجتزاء به لو كان في شهر بنذر و نحوه بصوم خمسه عشر يوما و في إلحاق كفاره العبد به، بل و في تحقيق العذر الذي لا يقطع التتابع و إن قال المصنف هنا العذر الذي يصح معه البناء الحيض و النفاس و المرض و الإغماء و الجنون، و أما السفر فان اضطر إليه كان عذرا و إلا كان قاطعا للتتابع.

و لو أفطرت الحامل أو المرضع خوفا على أنفسهما لم ينقطع التتابع، و لو أفطرتا خوفا على الولد قال في المبسوط: ينقطع، و في الخلاف لا ينقطع، و هو أشبه.

و لو أكره على الإفطار لم ينقطع التتابع، سواء كان إجبارا كمن و جر الماء في حلقه أو لم يكن كمن ضرب حتى أكل، و هو اختيار الشيخ في الخلاف، و في المبسوط قال بالفرق.

و لو عرض في أثناء الشهر الأول زمان لا يصح صومه عن الكفاره كشهر رمضان و الأضحى بطل التتابع لكن تحقيق ذلك كله و غيره من

المباحث قد أشبعناه في كتاب الصوم (۲)فلا نعيده، فلاحظ و تأمل.

[القول في الإطعام]

و أما القول في الإطعام و أحكامه فلا خلاف و لا إشكال في أنه يتعين أي الإطعام في المرتبه مع العجز عن الصيام أصلا بالهرم و نحوه، قيل و بالمرض المانع منه أو ما يحصل به مشقه شديده و إن رجا برءه، و بالخوف من زيادته، و فيه منع صدق إطلاق عدم الاستطاعه مع رجاء البرء، خصوصا مع قصر الزمان، و لعل المسأله من مسأله جواز البدار لذوي الأعذار مع رجاء الزوال أو يجب عليهم الانتظار،

۱- ۱ ج ۱۷- ص ۷۱- ۸۶.

۲- ۲ ج ۱۷- ص ۸۷- ۸۹.

و كان الفاضل فى القواعد اختار الثانى هنا، حيث قال: «و لو عجز عن الصوم بمرض يرجى زواله لم يجز الانتقال إلى الإطعام إلا من الضرر كالظهار» و تبعه فى كشف اللثام قال: «و من العامه من أجازه إذا ظن استمراره شهرين، لصدق أنه لا يستطيع الصوم» إلى آخره.

و الصحيح إذا خاف الضرر بالصوم انتقل إلى الإطعام، لشمول عدم الاستطاعه له، و كذا عدم القدره فى

خبر أبى بصير(۱)عن الصادق عليه السلام «جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم فقال: يا رسول الله إنى ظاهرت من امرأتى فقال: أعتق رقبه، فقال: ليس عندى، قال: فصم شهرين

متتابعين. قال: لا أقدر، قال: فأطعم ستين مسكينا».

هذا و فى القواعد و كشف اللثام أيضا «و هذا الصوم بخلاف صوم شهر رمضان، فلا يجوز فيه الإفطار من الصحيح لخوف المرض، لعموم الأمر بصومه و تعليق التأخير إلى أيام أخر على المرض، مع أنه لا بدل له» و فيه ما لا يخفى من عدم الفرق بين شهر رمضان و غيره من الصوم الواجب.

و لو خاف المظاهر الضرر بترك الوطء مده وجوب التتابع لشده شبقه فالأقرب الانتقال إلى الإطعام كما فى القواعد و محكى المبسوط، أما إذا خاف من شده الشبق حدوث مرض فهو من خوف الصحيح المرض الذى قد عرفت الحال فيه، و أما إذا كان الشبق هو الضرر فلأنه ضرر كغيره، و لا ضرر و لا حرج فى الدين، و يؤيده أن الله تعالى رخص الرفث إلى النساء ليله الصيام (۲)بعد أن حرمه لما علم أنهم لا يصبرون، و

قصه سلمه بن صخر(۳)الذى حمله الشبق على أن واقع بعد الظهار فى رمضان فقال له النبى صلى الله عليه و آله: «صم شهرين متتابعين، فقال له: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و هل أصابنى ما أصابنى إلا من الصيام؟».

و كذا قيل: لا يلحق به السفر و إن امتنع حالته، لأنه مستطيع للصوم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب الكفارات الحديث ۲.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآيه ۱۸۷.

۳- ۳ المستدرك الباب- ۱- من كتاب الظهار الحديث ۲.

بالإقامه غالبا، نعم لو تعذرت أمكن الجواز فيه، و فيه أن الحضر شرط وجوب الصوم، و لا يجب على المكلف تحصيل شرط الوجوب، فيمكن حينئذ دعوى صدق عدم الاستطاعه حاله، و لا يجب عليه الإقامه تحصيلا للشرط.

و كيف كان ف يجب إطعام العدد و لو بالتسليم إلى المستحق لكل واحد مد وفاقا للمشهور بين الأصحاب خصوصا المتأخرين، لأصاله براءه الذمه من الزائد، بعد الإجماع على عدم جواز الأقل و كفايته غالبا، و للنصوص المستفيضه أو المتواتره الوارده في كفاره اليمين (۱)المتممه بعدم القول بالفصل، مضافا إلى خصوص ما ورد(۲)في كفاره القتل خطأ و كفاره شهر رمضان من الخمسه عشر صاعا(۳)و ما سمعته سابقا من حديث الأعرابي (۴)الذي دفع له النبي صلى الله عليه و آله مكتل التمر الذي فيه خمسه عشر صاعا، و غير ذلك.

و لكن مع ذلك قيل كما عن الخلاف و المبسوط و النهايه و التبيان و مجمع البيان و الوسيله و الإصباح مدان مع القدره و مع العجز مد بل عن صريح أول و ظاهر الرابع و الخامس الإجماع عليه، للاحتياط المتعارض في بعض صوره.

و حينئذ فلا ريب في أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده التي مقتضاها العمل بالنصوص (۵)المستفيضه أو المتواتره التي فيها الصحيح و غيره، و مرويه في الكتب الأربعه و غيرها المعتضده مع ذلك بالأصول و

العمل و غيرهما، السالمه عن المعارض المكافي ء لها، إذ ليس هو إلا الإجماع الذي قد عرفت حاله،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الكفارات.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الكفارات.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث ۵ و ۱۰ من كتاب الصوم.

۴- ۴ سنن البيهقي ج ۷ ص ۳۹۰.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الكفارات.

و إلا

خبر أبی بصیر(۱)عن أحدهما علیهما السلام «فی کفاره الظهار تصدق علی ستین مسکینا ثلاثین صاعا لکل مسکین مدین مدین»

و المرسل (۲)عن علی علیه السلام «فی الظهار یطعم ستین مسکینا، کل مسکین نصف صاع»

اللذین ینبغی حملهما علی ضرب من الندب، بل یمکن أن یکون ذلک منتهی الزیاده علی المد التی قد ذکر استحبابها غیر واحد من الأصحاب المقدره فی صحیح الحلبی (۳)بحفنه، و فی

حسن هشام (۴)عن الصادق علیه السلام «فی کفاره الیمین مد من حنطه و حفنه، لتکون الحفنه فی طحنه و حطبه».

بل عن الإسکافی وجوبها، لظاهر الخبرین المزبورین و إن کان هو ضعیفا، لخلو معظم النصوص (۵)المعتضده بالعمل الوارده فی مقام البیان عنها. و من هنا کان المتجه حملهما علی الندب، فیکون حینئذ أقله الحفنه و أعلاه المد.

و نحو ذلک الإشباع المقدر فی المشهور بالمره، لإطلاق أکثر النصوص المتحقق صدق امتثاله بالمره، بل فی

صحیحه أبی بصیر(۶)منها عن الباقر علیه السلام «یشبعهم مره واحده»

لکن عن المفید أنه اعتبر فی الأیمان یشبعهم طول یومهم و لم یذکر المد إلا فی القتل، و عن سلار فیها أیضا «و إطعامهم لکل واحد شبعه فی یومه، و لا یکون فیه صبی و لا شیخ کبیر و لا مریض، و أدنی ما یطعم کل واحد منهم مدا» و عن الوسیله «أنه إذا أطعمهم أشبعهم، و إن أعطاهم الطعام لزمه لکل مسکین مدان فی السعه و مد فی الضروره» و عن القاضی «فلیطعم کل واحد منهم شبعه فی یومه، فان لم یقدر أطعمه مدا من طعام» و عن أبی علی «هو مخیر بین أن یطعم دون التملیک غداهم و عشاهم فی ذلک الیوم، و إذا أراد تملیک الإنسان الطعام أعطی کل إنسان منهم مدا و زیاده علیه بقدر ما یکون لطحنه و خبزه و إدامه» و عن التقی و ابن زهره الاقتصار علی الإشباع فی یومه، و فی

خبر سماعه بن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الکفارات الحدیث ۶.

۲- ۲ دعائم الإسلام ج ۲ ص ۲۷۸ ط مصر عام ۱۳۷۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الکفارات الحدیث ۱۰.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الکفارات الحدیث ۴.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الکفارات.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الکفارات الحدیث ۵.

مهران (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام «سألته عن قول الله تعالی (۲)مِنْ أَوْسَطِ ما تُطْعِمُونَ أَهْلِیکُمْ،

قال: ما یأکل أهل البیت یشبعهم یوما، و کان یعجبه مد لکل مسکین».

و لعل التأمل فی ذلک أجمع یقتضی إراده استحباب الزیاده علی المد، و حدها المد الآخر، فتخرج المسأله حینئذ عن الخلاف، و علی تقدیره فقد عرفت أن الأقوی المد و استحباب الزیاده علیه إلی مد آخر.

و أما الجمع بین النصوص بالتفصیل بین حالی القدره و العجز فهو- مع أنه لا شاهد له- فرع المکافئه المفقوده من وجوه، کالجمع بالتفصیل بین کفاره الظهار و غیرها، فیجب مدان فی الأولی و مد فی غیرها الذی ادعی مخالفته للإجماع، و لعله کذلک.

هذا و فی المسالک «المعتبر من المد الوزن لا الکیل عندنا، لأن المد الشرعی مرکب من الرطل، و الرطل مرکب من الدرهم، و الدرهم مرکب من وزن الحبات، و یرکب من المد الصاع، و من الصاع الوسق، فالوزن أصل الجمیع، و إنما عدل إلی الکیل فی بعض المواضع تخفیفا، و تظهر الفائده فی اعتبار الشعیر بالکیل و الوزن، فإنهما مختلفان جدا بالنسبه إلی مقدار البر بالکیل».

قلت: کما جاء التقدیر بالمد و لیس له مکیال معروف جاء التقدیر بالصاع هنا، کما سمعته من الأمر(۳)بدفع خمسه عشر صاعا، و من المعلوم أنه مکیال معروف، فیجوز الدفع به حینئذ من دون ملاحظه الوزن اللهم إلا أن یقال:

إن مرجعه إلی الوزن، إذ هو أربعه أمداد، و قد عرفت أن ضبط المد بالمیزان، فتأمل جیدا.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الکفارات الحدیث ۹.

۲- ۲ سوره المائده: ۵- الآیه ۸۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب ما یمسک عنه الصائم الحدیث ۵ من کتاب الصوم.

و كيف كان ف لا يجزئ عندنا مع الاختيار إعطاء ما دون العدد المعتبر و إن كان بقدر إطعام العدد لعدم صدق الامتثال، و ل

موثق ابن عمار(۱)«سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن إطعام عشره مساكين أو إطعام ستين مسكينا أ يجمع ذلك لإنسان واحد يعطاه؟ فقال: لا، و لكن يعطى إنسان إنسانا، كما قال الله تعالى»

نعم لو دفعه لواحد ثم اشتراه منه مثلا ثم دفعه لاخر و هكذا إلى تمام الستين أجزأه بلا خلاف و لا إشكال.

و على كل حال ف لا يجوز التكرار عليهم من الكفاره الواحده و لو فى أيام متعدده، لا المتعدده التى لا خلاف فى جواز التكرار فيها حينئذ مع التمكن من العدد خلافا للمحكى عن أبى حنيفه، فاجتزأ بالصرف إلى واحد فى ستين يوما و ضعفه واضح.

نعم يجوز ذلك فى المشهور مع التعذر بل لم أقف فيه على مخالف صريح معتد به، كما اعترف به غيرنا أيضا، بل فى كشف اللثام يظهر من الخلاف الاتفاق عليه، ل

خبر السكونى (۲)المنجبر بالعمل عن أبى عبد الله عليه السلام «قال أمير المؤمنين عليه

السلام: إن لم يجد فى الكفاره إلا الرجل و الرجلين فلتكرر عليهم حتى يستكمل العشره يعطيهم اليوم ثم يعطيهم غدا»

و احتمال التقيه من أبى حنيفه بقرينه كون الراوى منهم يدفعه اشتماله على اشتراط جواز ذلك بعدم وجدان غير الرجل و الرجلين، و هو مناف لما سمعته من أبى حنيفه من إطلاق الاجتزاء بذلك، فلا بأس بتقييد الإطلاق به، فضلا عن الخروج به عن الأصول.

فما عساه يظهر من بعض- من الميل إلى وجوب الصبر إلى حال التمكن- واضح الضعف، و لكن ظاهر الخبر المزبور و بعض فتاوى الأصحاب ملاحظه التعدد فى الأيام، و لا ريب فى أنه أحوط، هذا كله فى المتحده.

و أما المتعدده فلا خلاف بلا إشكال فى جواز الإعطاء لواحد و إن تمكن من

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب الكفارات الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

الغیر، من غیر فرق بین التسلیم و الإشباع، فیحتسب حینئذ إشباع المسکین مرتین بمسکینین و لو فی یوم واحد، و إن ظهر من الدروس نوع توقف فیه، قال: «و لو تعددت الکفارات جاز أن یعطی الواحد لیومه من کل واحده مدا، و علی القول بإجزاء الإشباع لو أطعم مسکینا مرتین غداء و عشاء فی یوم ففی احتسابه بمسکینین احتمال، سواء وجد غیره أو لا».

و یجب أن یطعم من أوسط ما یطعم أهله، و لکن لو أعطی ما یغلب علی قوت البلد جاز و إن لم یکن من طعام أهله، و تبعه الفاضل فی القواعد، و مرجعه إلی ما فی المسالک من أن «المعتبر فی الکفاره من جنس الطعام القوت الغالب من الحنطه و الشعیر و دقیقهما و خبزهما- إلی أن قال-: و یجزئ التمر و الزبیب» بعد أن حمل آیه الأوسط(۱)علی الندب.

و قد تبع بذلک ما فی الدروس من أنه «یجب الإطعام بما یسمی طعاما، کالحنطه و الشعیر و دقیقهما و خبزهما، و قیل: یجب فی کفاره الیمین أن یطعم من أوسط ما یطعم أهله، للآیه و حمل علی الأفضل، و یجزئ التمر و الزبیب».

و قد أشار بالقیل إلی ما عن ابن إدریس من أنه «یجوز أن یخرج حبا و دقیقا و خبزا و کلما یسمی طعاما إلا کفاره الیمین، فإنه یجب علیه أن یخرج من الطعام الذی یطعم أهله للآیه»(۲)و اختاره فی محکی التحریر.

و عن ابن حمزه «أن فرضه غالب قوته فإن أطعم خیرا منه فقد أحسن، و إن أطعم دونه جاز إذا کان مما یجب فیه الزکاه».

و عن المفید ره «ینبغی أن یطعم المسکین من أوسط ما یطعم أهله، و إن أطعم أعلی من ذلک کان أفضل، و لا یطعم من أدون ما یأکل هو و أهله من الأقوات».

و فی محکی الخلاف «کلما یسمی طعاما یجوز إخراجه فی الکفاره، و روی

۱- ۱ سوره المائده: ۵- الآیه ۸۹.

۲- ۲ سوره المائده: ۵- الآیه ۸۹.

أصحابنا(۱)أن أفضله الخبز و اللحم، و أوسطه الخبز و الزيت، و أدونه الخبز و الملح- و استدل بإجماع الفرقه و بقوله تعالى (۲)«فَإِطْعامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً» قال-:

و كل ذلك يسمى طعاما فى اللغه، فيجب أن يجرى مجرى الخبز فى الحكم الظاهر».

و فى النافع «يجب أن يطعم ما يغلب على قوته» بل فى الرياض حكايته عن المبسوط و جماعه.

و فى كشف اللثام عن ظهاره «الواجب فى الإطعام فى الكفاره من غالب قوت البلد و كذلك زكاه الفطره، و قال قوم: يجب مما يطعم أهله، و هو الأقوى للظاهر، فإن أخرج من غالب قوت البلد و هو مما يجب فيه الزكاه أجزأه فإن أخرج فوقه فهو أفضل و إن أخرج دونه فان كان مما لا يجب فيه الزكاه لم يجزه و إن كان مما يجب فيه الزكاه فعلى قولين، و إن كان قوت البلد مما لا يجب فيه الزكاه فإن كان غير الأقط لم يجزه و إن كان أقطا قيل: فيه وجهان: أحدهما يجزؤه، و الثانى لا يجزؤه، لأنه مما لا تجب فيه الزكاه، و الذى ورد به نص أصحابنا أن أفضله الخبز و اللحم، و أوسطه الخبز و الخل و الزيت، و أدونه الخبز و الملح» و عن كفاراته «و يخرج من غالب قوت أهله بلده، قال: فان كان فى موضع قوت البلد اللبن و الأقط و اللحم أخرج منه».

و فيه أيضا عن خلافه «أنه نص على وجوب ما يغلب على قوته و قوت أهله لا البلد، و استدل بالايه(۳)و قال: أوجب من أوسط ما نطعم أهلنا، و هو دون ما يطعم أهل البلد».

و عن الفاضل فى المختلف أنه استقرب إيجاب الحنطه و الدقيق، و فى نهايه المرام

۱- ۱ إشاره الى ما رواه فى الوسائل فى الباب- ۱۴- من أبواب الكفارات الحديث ۲ و ۳ و ۵ و ۹.

۲- ۲ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۴.

۳- ۳ سوره المائده: ۵- الآیه ۸۹.

و الکفایه و الریاض أن الأولی الاقتصار علی إطعام المد من الحنطه و الدقیق إلا أن الأخیر منهم نفی البأس عما سمعته سابقا من الخلاف من الاجتزاء بکل ما یسمی طعاما ترجیحا للغه هنا علی العرف و العاده بالإجماع الذی حکاه علی ذلک، الذی منه ینبغی حمل الآیه علی الندب، و کأنه أشار إلی ما فی الصحاح من أن الطعام ما یؤکل، قال: «و ربما خص بالطعام البر» إلی غیر ذلک من کلماتهم المختلفه أشد اختلاف، بل بعضها لا یرجع إلی حاصل، و لا یعرف له مستند.

و أما النصوص الوارده فی تفسیر الأوسط فی کفاره الیمین فمنها ما هو ظاهر فی إراده التوسط فی الجنس، نحو

خبر أبی بصیر(۱)«سألت أبا جعفر علیه السلام عن أوسط ما تطعمون أهلیکم، قال: ما تقوتون به عیالکم من أوسط ذلک، قلت: و ما أوسط ذلک؟ فقال: الخل و الزیت و التمر و الخبز تشبعهم به مره واحده».

و غیره (۲)و منها ما هو ظاهر فی إراده التوسط فی المقدار، ک

خبره الآخر(۳)قال: «سألت أبا جعفر علیه السلام عن قول الله عز و جل (۴)مِنْ أَوْسَطِ- إلی آخرها- قال: قوت عیالک، و القوت یومئذ مد».

و لا یبعد إرادتهما معا من الأوسط.

قلت: قد یقوی فی النظر الاجتزاء بکل ما تؤکل و یسمی طعاما لو کان الامتثال بالإشباع، لإطلاق النصوص (۵)الاکتفاء بإشباعهم بما یسمی إطعاما الذی قد عرفت أن فی اللغه الطعام لکل ما یؤکل، فضلا عن الإطعام الذی هو فی العرف کذلک أیضا، فیصدق حینئذ بالإشباع من الفواکه و المربیات و غیرها مما هو أعلی منها أو أدنی.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الکفارات الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الکفارات الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الکفارات الحدیث ۱۰.

۴- ۴ سوره المائده: ۵- الآیه ۸۹.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۲ و ۱۴- من أبواب الکفارات.

و وجوب المد من الحنطه و الدقيق أو التمر، بل مطلق الأقوات الغالبه لو كان بالتسليم، حملا لمطلق المد فى النصوص (۱)الكثيره على ما فى

صحيح الحلبى (۲)عن الصادق عليه السلام المتقدم سابقا «لكل مسكين مد من حنطه أو مد من دقيق و حفنه»

إلى آخره المعتضد ب

خبر الثمالى (۳)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عمن قال و الله ثم لم يف، فقال أبو عبد الله عليه السلام: كفارته إطعام عشره مساكين مدا مدا دقيق أو حنطه».

و غيره (۴)و على ما فى النصوص السابقه من التصريح بالاجتزاء(۵)و على مطلق الأقوات الغالبه لغالب الناس بناء على أن المراد من الأوسط إلى آخره ذلك، لأنه يقتضى الإضافه إلى «أَهْلِيكُمْ» الشامل لأهل المكفر و غيره، فيراد من «أَوْسَطِ» ما تطعمه الناس، و على أنه لا فرق بين كفاره اليمين و غيرها فى المراد من الإطعام المعتبر فيها و إن كانت الآيه خاصه بكفاره اليمين، فيكون المحصل من الجميع ما ذكرنا.

و قد يشهد لما ذكرنا فى الجمله

خبر أبى جميله(۶)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«فى كفاره اليمين عتق رقبه أو إطعام عشره مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم، و الوسط الخل و الزيت، و أرفعه الخبز و اللحم، و الصدقه مد مد من حنطه لكل مسكين»

و خبر زراره(۷)عن أبى عبد الله عليه السلام «فى كفاره اليمين عتق رقبه أو إطعام عشره مساكين، و الإدام و الوسط الخل و الزيت، و

أرفعه الخبز و اللحم، و الصدقه مد لكل مسكين».

إذ المراد من قوله عليه السلام: «و الصدقه» فيهما الإشاره إلى القسم الثانى من الكفاره الذى هو التسليم.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الكفارات.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الكفارات الحديث ۱.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الكفارات الحديث ۴.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الكفارات الحديث ۸ و ۱۰.
۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الكفارات الحديث ۱۳ و الباب- ۱۴- منها الحديث ۷.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الكفارات الحديث ۲.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الكفارات الحديث ۹.

بل قد یقال: اختلاف الأصحاب فی ذلک بالنسبه إلی هذا القسم من الکفاره لا الإشباع الذی لا تقدیر فیه بالمد قطعا.

بل لعل عباره المتن و القواعد ظاهره فی ذلک، حیث فرق، فیهما بین الإطعام و الإعطاء، فاجتزأ بالثانی بالغالب من قوت البلد، و أوجب فی الأول الإطعام من أوسط ما یطعم أهله المعلوم إراده الوجوب التخییری بینه و بین الأعلی، بل و الأدنی، لما سمعته من النص (۱)و الفتوی علی الاجتزاء بالثلاثه فی الإطعام، کما أشار إلیه المصنف بقوله و یستحب أن یضم إلیه إداما: أعلاه اللحم و أوسطه الخل و الزیت و أدونه الملح.

قال الصادق علیه السلام فی صحیح الحلبی (۲)«فی قول الله عز و جل (۳)مِنْ أَوْسَطِ ما تُطْعِمُونَ أَهْلِیکُمْ: هو کما یکون فی البیت من یأکل المد، و منهم من یأکل أکثر من المد، و منهم

من یأکل أقل من المد فبین ذلک، و إن شئت جعلت لهم أدما، و الأدم أدناه ملح، و أوسطه الخل و الزیت، و أرفعه اللحم»

و قد سمعت قوله علیه السلام أیضا فی خبری أبی جمیله(۴)و زراره(۵)السابقین.

بل عن المفید و سلار إیجاب ذلک للخبرین المزبورین و إن کان هو خلاف المشهور، بل الخبران المزبوران قاصران عن إفاده الوجوب، خصوصا بعد تفسیرهما للوسط بذلک المشعر بعدم إجزاء غیره، مع أنهما لم یقولا به، بل و لم یقل به أحد، علی أنهما غیر مکافئین للصحیح المزبور الظاهر أو الصریح فی عدم الوجوب، للتعلیق فیه علی المشیئه المعتضد بإطلاق أدله الإطعام کتابا(۶)و سنه(۷)

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الکفارات الحدیث ۲ و ۳ و ۵ و ۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الکفارات الحدیث ۳.

۳- ۳ سوره المائده: ۵- الآیه ۸۹.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الکفارات الحدیث ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الکفارات الحدیث ۹.

۶- ۶ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۴.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۱۲ و ۱۴- من أبواب الکفارات.

فلا بد من حمل الأمر فيهما على أفضليه الفرد المزبور من الإطعام على غيره مما هو أدنى منه.

و كيف كان فلا خلاف كما لا إشكال فى أنه يجوز أن يعطى العدد المأمور به فى الكفاره عشره أو ستين متفرقين أو مجتمعين إطعاما و تسليما لصدق الامتثال و إن قال فى الدروس: «هو الأفضل» بل الظاهر الاجتزاء بالتفريق، فيطعم بعضا و يسلم آخر، للصدق المزبور أيضا.

و كذا لا إشكال فى أنه يجزئ إخراج الحنطه و الدقيق و الخبز بل و التمر للتصريح بها فى النصوص (۱)التى تقدمت.

و لا يجزئ إطعام الصغار منفردين محتسبا بهم من العدد إلا مع احتساب الاثنين بواحد، وفاقا للمشهور، بل فى الرياض نفى الخلاف فيه إلا من بعض المتأخرين فاجتزأ به، للإطلاق الذى يجب تقييده بمفهوم الخبرين (۲)الآتيين المحمول ما فيهما من الاختصاص بكفاره اليمين على المثال لغيرها، و لو بقرينه الشهره، المؤيده باستبعاد الفرق مع اتحاد الأمر فيهما بإطعام المسكين، بل يمكن دعوى ظهور ذلك فى إراده بيان كيفيه الإطعام فى جميع الكفارات و إن ذكر ذلك فى كفاره اليمين.

و يجوز إطعامهم منضمين مع الكبار محتسبا بهم من العدد، من غير فرق بين كفاره اليمين و غيرها أيضا، وفاقا للمشهور أيضا، بل عن المبسوط و الخلاف نفى الخلاف فيه، و كأنه لم يعتن بخلاف المفيد المانع على ما قيل من إطعامهم مطلقا فى صورتى الانفراد و الاجتماع مع عد الاثنين بواحد و عدمه، و لعله لشذوذه و مخالفته إطلاق الأدله و خصوصها.

قال الصادق عليه السلام فى خبر غياث(۳): «لا يجزئ إطعام الصغير فى كفاره

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الكفارات.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب الكفارات الحديث ۱ و ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

الیمین، و لکن صغیرین بکبیر»

و فی

خبر السکونی (۱)عن جعفر عن أبیه علیه السلام «أن علیا علیه السلام قال: من أطعم فی کفاره الیمین صغارا و کبارا فلیزود الصغیر بقدر ما أکل الکبیر».

بل فی

صحیح یونس بن عبد الرحمن (۲)عن أبی الحسن علیه السلام «سألته عن رجل علیه کفاره إطعام عشره مساکین أ یعطی الصغار و الکبار سواء و الرجال و النساء أو یفضل الکبار علی الصغار و الرجال علی النساء؟ قال: کلهم سواء، و یتمم إذا لم یقدر علی المسلمین و عیالاتهم تمام العده التی تلزمه أهل الضعف ممن لا ینصب»

إلا أنه ظاهر فی فرد التسلیم الذی لا خلاف فی اتحادهم فیه، إنما الکلام فی فرد الإشباع اللهم إلا أن یدعی تناول الإعطاء لهما، إلا أنه کما تری.

و علی کل حال فقد ظهر لک أن الدلیل فیما ذکره المصنف و غیره من أنه لو انفردوا احتسب الاثنان بواحد الخبران المزبوران، إلا أن الأول منهما مطلق شامل لصورتی الاجتماع و الانفراد، بل ظاهر الثانی منهما الصوره الأولی، و من هنا کان المحکی عن ابن حمزه احتساب الاثنین بواحد مطلقا، و مال إلیه فی الریاض، بل ربما حکی عن الإسکافی و الصدوق

أیضا، لکن فی کفاره الیمین خاصه و أما فی غیرها فیجتزأ بهم مطلقا کالکبار.

لکن قد یقال: إن

قوله علیه السلام فی الصحیح المزبور: «و یتمم»(۳)

ظاهر فی الاجتزاء بإطعام المسلم و عیاله الذین فیهم الکبار و الصغار محتسبا بهم من العدد مع القدره علی ذلک، و کذا فحوی

قوله علیه السلام: فی صحیح الحلبی (۴): «إن من فی البیت یأکل أکثر من المد و أقل»

إلی آخره، مؤیدا ذلک بإطلاق الأدله

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب الکفارات الحدیث ۲.

۲- ۲ ذکر صدره فی الباب- ۱۷- من أبواب الکفارات الحدیث ۳ و ذیله فی الباب- ۱۸- منها الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب الکفارات الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الكفارات الحديث ۳، و هو نقل بالمعنى.

المعتضده بالشهره، فتخرج هذه الصوره- أی صوره الانضمام- عن إطلاق خبر غیاث (۱)و تبقی صوره الانفراد التی یحتسب فیها الاثنان بواحد.

إلا أن الظاهر مما ذکرناه إراده النبعیه من الانضمام لا مطلق إطعام کبیر مع صغیر و لو فی مجالس متعدده، کما عساه یتوهم، بل قد سمعت قول علی علیه السلام:

فی خبر السکونی (۲)المشتمل علی الأمر بزیاده الصغیر فی صوره إطعامه مع الکبیر الذی ینبغی حمله بناء علی ما ذکرنا علی غیر صوره

التبعیه من الانضمام، بل منه یستفاد إراده قدر ما یأکل الکبیر، و ذلک کما یکون باحتساب الصغیرین بواحد یکون باحتساب أکل الصغیر مرتین فی وقتین مره، إذ احتساب الاثنین بواحده لا یصیرهما مصداقا لمسکین، و لعل

قوله علیه السلام: «فلیزود»

إلی آخره ظاهر فیما ذکره فی الصوره الثانیه، فتأمل جیدا، فانی لم أجد شیئا من ذلک منقحا فی کلامهم.

و من هنا کان الاحتیاط بالاقتصار علی الکبار لا ینبغی ترکه، خصوصا مع عدم تنقیح للصغر و الکبر هنا، و إن صرح بعضهم بالرجوع فیها هنا إلی العرف، و یحتمل مراعاه البلوغ و عدمه.

و یستحب الاقتصار فی الکفاره علی إطعام المؤمنین و من هو بحکمهم کالأطفال التابعین لهم فی ذلک و تسلیمهم، بل خیره الفاضل فی القواعد و التحریر و المقدار وجوب ذلک، بحیث إذا لم یجد أخرها إلی أن یتمکن کما هو المحکی عن بنی الجنید و البراج و إدریس، بل عن الأخیر منهم اشتراط العداله مع ذلک.

و فی المبسوط تصرف إلی من تصرف إلیه زکاه الفطره، و من لا یجوز هناک لا یجوز هنا و المحکی أنها تصرف فی المؤمن و المستضعف، و اختاره الفاضل فی الإرشاد، و عن النهایه اشتراط الایمان مع الإمکان، فان لم یجد تمام العده کذلک جاز إعطاء المستضعف من المخالفین، و عن الفاضل فی المختلف اختیاره.

و الوجه عند المصنف جواز إطعام المسلم الفاسق و لا یجوز إطعام

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب الکفارات الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب الکفارات الحدیث ۲.

الکافر، و کـذا الناصب و مرجعه إلی اشتراط الإسـلام فیها دون الایمان، فیجوز إعطاؤها حینئذ إلی سائر الفرق المخالفه للحق إلا من کان کافرا منهم بغلو أو نصب أو نحوهما، لإطلاق الأدله، و

موثق إسحاق بن عمار(۱)عن أبی الحسن الکـاظم علیه السـلام و قـد سأله عن الکفاره قال: «قلت: أ فنعطیها ضـعفاء من غیر أهل الولایه؟ قال: نعم، و أهل الولایه أحب إلی»

کما أن صـحیح یونس بن عبد الرحمن (۲)المتقدم سابقا دلیل ما سـمعته من الشـیخ فی النهایه، و کأن المصـنف جمع بینه و بین الموثق المزبور بالحمل علی الندب الذی هو صـریح «أحب إلی» فی الموثق، فیکون الشـرط حینئذ له، لا لأصل الجواز بعد إراده المؤمنین فیه من «المسـلمین» کـإراده الفقیر من الضـعفاء فیه لا المستضـعف، و هو و إن کان متوجها بالنظر إلی ما وصل إلینا من نصوص المقـام التی سـمعتها، و لـذا اختـاره بعض من تـأخر عنه، لکن من المعلوم أنه مواسـاه و موده و صـله و نحو ذلک مما لا محل لها إلا المؤمن، بل کل ما دل علی منع إعطائها الکافر دال علی من کان بحکمه من الفرق المخالفه التی هی

أشـد من الکفـار، بـل لعل التعبیر عنها بالصـدقه فیما مضـی من النصوص (۳)مشـعر بکونهـا من قسم الصـدقات الواجبه التی منها الزکاه المتقدم فی کتابها اعتبار الایمان فیها، بل قد تقدم هناک النصوص (۴)المشتمله علی المبالغه فی المنع عنها و عن الصدقه لهم، و أنهم لیسوا أهلا لـذلک، بل لا قربه فی دفع نحو هذه الصدقات إلیهم، فلاحظ و تأمل، فالمتجه حینئذ عدم ترک الاحتیاط فی ذلک إن لم نقل بقوه اعتباره.

ثم إنه لا ریب فی اعتبار المسکنه فی مصرفها، للایه(۵)و الروایه(۶)

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب الکفارات الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب الکفارات الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الکفارات الحدیث ۲ و ۶ و ۹.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵- من أبواب المستحقین للزکاه و الباب- ۲۱- من أبواب الصدقه من کتاب الزکاه.

۵- ۵ سوره المجادله: ۵۸ الآیه ۴.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الکفارات.

و الإجماع، فيختص مصرفها حينئذ فى المسكين، و فى المسالك «و لا يتعدى إلى غيره من أصناف مستحقى الزكاه غير الفقير حتى الغارم و إن استغرق دينه ماله إذا ملك مئونه السنه و كذا ابن السبيل إن أمكنه أخذ الزكاه أو الاستدانه، و إلا ففى جواز أخذه نظر، من حيث إنه حينئذ فى معنى المسكين، و من أنه قسيم له مطلقا، و يظهر من الدروس جواز أخذه لها حينئذ» و نحوه فى التنقيح، بل صرح بأن الأقوى الاقتصار على المسكين.

و إن كان قد يناقش بصدق اسم الفقير على الغارم المزبور، بناء على جواز دفعها

للفقير، إما لأنه أسوأ حالا كما ذهب إليه بعضهم، إذ يكون أولى حينئذ و إن احتمل عدم الجواز أيضا لعدم جواز صرف حق طائفه إلى أخرى، إلا أنه كما ترى، أو لأن كل واحد من المسكين و الفقير يدخل تحت الآخر حيث ينفرد بالذكر، و إنما يبحث عن الأسوإ حالا منهما على تقدير الاجتماع، كآيه الزكاه(۱).

نعم لا تصرف فى الرقاب و لا فى القناطر و نحوها من سهم سبيل الله تعالى شأنه.

أما ابن السبيل فقد يقوى فى النظر إلحاقه بالفقير كما سمعته من الدروس و إن كان الذى عثرنا عليه منها هنا «و لا يجزئ ابن السبيل إذا أمكنه أخذ الزكاه أو الاستدانه، و لا الغارم و لا الغازى إذا ملكا مئونه السنه» بل قد يناقش فى الغارم أيضا باعتبار أن ملكه لمئونه السنه غير الدين لا يخرجه عن اسم الفقير، و الله العالم.

۱- ۱ سوره التوبه: ۹- الآیه ۶۰.

[مسائل أربع]

[المسأله الأولى كفاره اليمين مخيره]

الأولى لا خلاف نصا(۱)و فتوى فى أن كفاره اليمين مخيره بين العتق و الإطعام و الكسوه و قد عرفت الكلام فى الأولين، و أما الأخير فإذا كسى الفقير يجب أن يعطيه ثوبين مع القدره، و مع العجز ثوبا واحدا عند الشيخ و

القاضى و الحلبى و ابن زهره و الفاضل فى القواعد و ولده فى شرحه على ما حكى عن بعضهم، جمعا بين ما فى

صحيح الحلبى (۲)عن الصادق عليه السلام «لكل إنسان ثوبان»

و أخبار إسحاق بن عمار(۳)و على بن أبى حمزه(۴)و

أبى جميله(۵)عنه عليه السلام أيضا «و الكسوه ثوبان»

و خبر سماعه بن مهران (۶)عنه عليه السلام أيضا «ثوبين لكل رجل»

و بين

صحيح أبى بصير(۷)عن أبى جعفر عليه السلام «قلت: أَوْ كِسْوَتُهُمْ (۸)

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الكفارات.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الكفارات الحديث ۱۰.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الكفارات الحديث ۱۳ عن أبى خالد القماط.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الكفارات الحديث ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الكفارات الحديث ۲.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الكفارات الحديث ۹.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الكفارات الحديث ۵ و الباب- ۱۵- منها الحديث ۴.

۸- ۸ سوره المائده: ۵- الآيه ۹۲.

قال: ثوب»

و صحيح محمد بن قيس (۱)عنه عليه السلام أيضا «ثوب يوارى عورته»

و خبر معمر(۲)عنه عليه السلام أيضا «سألته عمن وجب عليه الكسوه فى كفاره اليمين، قال: هو ثوب يوارى عورته»

لكنه كما ترى لا شاهد له، بل لا إشعار فى شى ء من النصوص به.

و من هنا قيل كما عن الشيخ و الحلى و والد الصدوق و يحيى ابن سعيد يجزئ الثوب الواحد مع الاختيار بل فى المتن و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، و تبعه أكثر من تأخر عنه كالفاضل فى قوله الآخر و الشهيدين و المقداد و السيمرى و غيرهم، و لعله كذلك، للأصل و إطلاق الأدله و انسياق الندب من نظم جميع ما فى النصوص المزبوره الذى هو الأمر بثوب و بثوبين، نحو ما فى

مرسل الحسين بن (۳)سعيد عن أبى عبد الله عليه السلام «قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى حديث: و يجزئ فى كفاره الظهار صبى ممن ولد فى الإسلام، و فى كفاره اليمين ثوب يوارى عورته، و قال: ثوبان»

لأنه حينئذ كالتخيير بين الأقل و الأكثر المحمول على ذلك.

و دعوى ترجيح نصوص الثوبين مطلقا- بأن خبرهما الصحيح أصح من خبر أبى بصير الصحيح، لاشتراك أبى بصير نفسه و صحته اضافيه، بخلاف صحيح الحلبى، و باقى الأخبار شواهد، لأنها ضعيفه الإسناد أو مرسله، فان محمد بن قيس الذى يروى عن الباقر عليه السلام مشترك بين الثقه و غيره، و خبر الحسين بن سعيد مرسل، و معمر ابن عثمان مجهول فلا تكافؤ حتى يجمع

بينها بذلك، و من هنا كان المحكى عن الصدوق و المفيد و الشيخ فى الخلاف و سلار و ابن حمزه و الكيدرى إطلاق وجوب الثوبين بل عن الخلاف الإجماع عليه- يدفعها منع الاشتراك فى راوى الصحيحين، مع وجود القرينه على الثقه فى أحدهما، و المجمع على تصحيح رواياته فى الثانى، بل خبر معمر محتمل الصحه، لما يحكى من وجود «ابن يحيى» بدل «ابن عثمان»

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب الكفارات الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب الكفارات الحديث ۳.

فی بعض النسخ، مع أن فی سنده من أجمع علی تصحیح ما یصح عنه، و من هنا قیل:

إن الأسانید فی غایه الاعتماد، و مع ذلک معتضده بالشهره المتأخره و غیرها.

و أما ما عن ابن الجنید- من حمل الکسوه علی عرف الشرع فی الصلاه فیفرق حینئذ بین الرجل و المرأه فیجزئ الأول ثوب یجزؤه فی الصلاه، و للثانیه درع و خمار- فلم نقف له علی دلیل، بل ظاهر ما سمعته من الأدله علی خلافه.

نعم لو قیل بالجمع بین النصوص باختلاف الفقراء مکانا و زمانا فمنهم من یجزؤه الثوب و منهم الثوبان کان وجها، لشهاده

خبر محمد بن مسلم (۱)عن أحدهما علیهما السلام علی ما فی کشف اللثام «و أما کسوتهم فان وافقت به الشتاء فکسوته، و إن وافقت به الصیف فکسوته، لکل مسکین إزار و رداء، و للمرأه ما یواری ما یحرم منها إزار و درع و خمار»

و الذی وجدته فی الوسائل راویا له عن

تفسیر العیاشی (۲)«و أما کسوتهم فان وافقت بها الشتاء فکسوتهم لکل مسکین إزار و رداء، و للمرأه ما یواری ما یحرم منها إزار و خمار و درع».

و علی کل حال فیه شهاده فی الجمله علی ما ذکرنا، مضافا إلی معلومیه اختلاف الکسوه بالنسبه إلی الفقراء کاختلاف الأکل، ضروره ظهور الإضافه فی إراده کسوتهم اللائقه بحالهم، لا مطلق مسمی کسوه.

و فی الریاض «الأجود الجمع بین النصوص بحمل الأدله علی الأفضلیه، أو ما إذا لم یحصل بالواحد ستر العوره، و لذا قید بالستر فی أکثر ما مر من المعتبره بخلاف الأخبار الأوله و هذا أولی، فیکون المعیار بالکسوه ما یحصل به ستر العوره مع صدق الکسوه عرفا و عاده، کالجبه و القمیص و السراویل، دون الخف و القلنسوه بلا خلاف و لا إشکال فی شی ء من ذلک إلا فی الأخیر، ففیه إشکال و قول

۱- ۱ تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۳۳۶ سوره المائده الحدیث ۱۶۷ کما فی البحار نقلا عنه ج ۱۰۴ ص ۲۲۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الکفارات الحدیث ۷.

بالعـدم كما عن المبسوط، لعدم صدق الكسوه عليه عرفا، و هو متجه إلا مع إعطاء قميص أو جبه معه لصدق الكسوه حينئذ جزما و من هنا يظهر الحكم فى نحو الإزار و الرداء و إن جزم بهما كالأول الشهيدان و غيرهما».

قلت: قد يقال: إن التقييد بمواراه العوره جريا مجرى الغالب، و إلا فلم نجد أحدا اعتبر

ذلـك، بـل مقتضـى إطلاقهم الاجتزاء بـالقميص و نحوه الاكتفـاء به و إن لم يكن ساترا لرقته، نعم ما ذكره من أن المـدار على صدق اسم الكسوه عرفا جيد، فلا يجزئ ما لا يحصل به مسماها من الثياب.

و كيف كـان فلا يجزئ مـا لا يسـمى ثوبـا كالخف و القلنسوه و النعل و المنطقه، لما سـمعته من النصوص (۱)المعتضده بظاهر الإضافه، خلافا للمحكى عن الشافعى فيهما فى وجه.

و يكفى الغسـيل من الثيـاب كما فى القواعـد و غيرها، بل عن المبسوط و السـرائر التصـريح به أيضا، لإطلاق الأدله، خلافا لظاهر المحكى عن الوسـيله و الإصـباح، نعم لا يجزئ البالى و لا المرقع الذى ينخرق بالاسـتعمال، كما صـرح به غير واحد، للشك فى تناول الإطلاق له إن لم يكن ظاهره خلافه، لبطلان المنفعه أو معظمها، بل ربما احتمل دخوله فى الخبيث.

و لا فرق فى مسـماه بين القميص و الجبه و القباء و الرداء و غيرها، كما لا فرق فى جنسه بين القطن و الصوف و الكتان و الحرير الممزوج و الخالص و القنب و الشعر و غيرهما مع الاعتياد.

بل يندرج فى الكسوه ما جرت العاده بلبسه، كالجليد و الفر و من جلد ما يجوز لبسه و إن حرمت الصلاه فيه، خلافا للمحكى عن أبى على، فاعتبر جوازها فيه، و لا دليل عليه، نعم لا يجزئ ما يعمل من ليف أو خوص أو نحوهما مما لا يعتاد لبسه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الكفارات الحديث ۱ و ۲ و ۹ و ۱۰ و ۱۳ و الباب- ۱۴- منها الحديث ۱ و ۲ و ۵ و ۷ و ۸ و ۹ و ۱۰.

و لا يشكل الأول بعدم صدق الثوب المفسر به الكسوه فى النص (۱)لأنه مساق لبيان الاتحاد و التعدد لا الجنس، مع إمكان دعوى صدق الثوب عليه.

هذا و فى التحرير فى الدرع إشكال، بل الدروس الجزم بالعدم، و لعله كذلك، لعدم انصرافه من الكسوه، بل العمامه كذلك.

و فى القواعد تقييد الحرير الخالص للنساء و فيه أن ظاهر(۲)الاجتزاء بتمليك الثوب أو الثوبين، فيتحقق الامتثال حينئذ بدفعه للرجل و إن حرم عليه لبسه، لكنه صالح للابدال و جائز لبسه للضروره و الحرب و للبيع و غير ذلك.

و يجزئ كسوه الصغار و إن كانوا رضعاء و إن انفردوا عن الرجال و مع المكنه من كسوه الكبار، لإطلاق الأدله، و لا يجب تضاعف العدد كما يجب فى الإطعام، للأصل و انتفاء النص هنا.

و لو تعذرت العشره انتظر، و فى الدروس «كرر على الممكن فى الأيام على احتمال» و أشكله بأنه «يؤدى إلى أن يكسى عشره أثواب، و ذلك بعيد» قلت:

مضافا إلى عدم الدليل مع حرمه القياس عندنا، و فيها «أنه لو أخذ الكبير ما يوارى

الصغير فالأشبه عدم الإجزاء» قلت: لا إشكال فى عدم الاجتزاء به كسوه له، كما لا إشكال فى الاجتزاء به كسوه لصغير عنده.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب الكفارات الحديث ۴.

۲- ۲ جاء فى هامش النسخه المخطوطه المبيضه« فى المسوده« ظاهر النص» و ضرب على كلمه« النص» و المظنون أنه أراد أن يبدله بلفظ« الصحيح» فسها رحمه الله» و قد راجعت النسخه المخطوطه المسوده المحفوظه فى مكتبه السيد الحكيم قده العامه فى النجف الأشرف فوجدتها كما ذكره المحشى على النسخه المبيضه.

[المسأله الثانيه الإطعام فى كفاره اليمين مد لكل مسكين]

المسأله الثانيه:

الإطعام فى كفاره اليمين مد لكل مسكين و لو كان قادرا على المدين، و من فقهائنا من خص المد بحال الضروره، و الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، كما تقدم الكلام فى ذلك مفصلا

[المسأله الثالثه كفاره الإيلاء مثل كفاره اليمين]

المسأله الثالثه:

كفاره الإيلاء مثل كفاره اليمين لأنه من اليمين و إن اختص بأحكام لكن غير الاتحاد فى الكفاره، كما ستعرف.

[المسأله الرابعه من ضرب مملوكه فوق الحد استحب له التكفير بعتقه]

المسأله الرابعه:

من ضرب مملوكه ذكرا أو أنثى فوق الحد استحب له التكفير بعتقه وفاقا للمحكى عن ابن إدريس و أكثر المتأخرين، ل

صحيح أبى بصير(۱)عن أبى جعفر عليه السلام «من ضرب مملوكا حدا من الحدود من غير حد أوجبه المملوك على نفسه لم يكن لضاربه كفاره إلا عتقه»

المحمول على ذلك بقرينه

خبره الآخر عنه عليه السلام (۲)أيضا: «إن أبى ضرب غلاما له ضربه واحده بسوط، و كان بعثه فى حاجه فأبطأ عليه، فبكى الغلام و قال: الله تبعثنى فى حاجتك ثم تضربنى؟! قال:

فبكى أبى، و قال: يا بنى اذهب إلى قبر رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فصل ركعتين، فقل:

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۷- من أبواب مقدمات الحدود الحديث ۱ من كتاب الحدود.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۰- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

اللهم اغفر لعلی بن الحسین خطیئته، ثم قال للغلام: اذهب فأنت حر، فقلت:

کان العتق کفاره للذنب فسکت»

الظاهر فی ذلک من وجوه و لو من سکوته فی مقام البیان.

و أما

خبر عبد الله بن طلحه(۱)عن أبی عبد الله علیه السلام «إن رجلا من بنی فهد کان یضرب عبدا له و العبد یقول: أعوذ بالله تعالی، فلم یقلع عنه، فقال: أعوذ بمحمد صلی الله علیه و آله و

سلم فأقلع الرجل عنه الضرب، فقال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: یتعوذ بالله فلا تعیذه و یتعوذ بمحمد فتعیذه؟! و الله أحق أن یجار عائذه من محمد، فقال الرجل: هو حر لوجه الله تعالی، فقال: و الذی بعثنی بالحق نبیا لو لم تفعل لواقع وجهک حر النار»

فهو غیر ما نحن فیه و إن کان لا یخلو من إشعار فی الجمله، علی أنا لم نتحقق القول بالوجوب صریحا و إن کان عساه یظهر من بعض عبارات القدماء التی لا وثوق بإراده ذلک منها.

و کیف کان فقد یقال: إن المستفاد من خبر أبی بصیر الثانی استحباب عتقه بمجرد الضرب الذی هو غیر مستحق علیه و إن جاز للمولی للتأدیب، بل یمکن إراده ذلک من الحد فی خبره الأول لا الحد المصطلح و إن قال فی المسالک تبعا لغیره: «إن المتبادر من الحد المتجاوز هو المقدار من العقوبه المستحقه علی ذلک الفاعل مع إطلاق الحد علیه شرعا، فلا یدخل التعزیر، و یعتبر فیه حد العبید لا الأحرار، و قیل یعتبر حد الأحرار، لأنه المتیقن، و لأصاله بقاء الملک سالما عن تعلق حد العتق علی مالکه، و هذا یتأتی علی القول بالوجوب، أما علی الاستحباب: فلا، لأن المعلق علی مفهوم کلی یتحقق بوجوده فی ضمن أی فرد من أفراده، و حمله علی حد لا یتعلق بالمحدود بعید جدا، من أن ظاهر الروایه ما ذکرناه من اعتبار حد العبید حدا».

و لا یخفی علیک سقوط هذا الکلام من أصله بناء علی ما ذکرناه، بعد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۰- من أبواب الکفارات الحدیث ۲.

الإغضاء عن بعض ما فيه، خصوصا بعد ملاحظه العتق من على بن الحسين علیه السلام بالضربه الواحده التی تظلم منها العبد، و خصوصا بعد التسامح فی أمر الندب، و یمکن القول بتأکد الندب فی الفرض الذی ذکره، بل یزداد تأکدا لو ضربه حد الأحرار، و الله العالم.

[المقصد الرابع فی الأحكام المتعلقه بهذا الباب]

اشاره

المقصد الرابع فی الأحکام المتعلقه بهذا الباب، و هی مسائل:

[المسأله الأولى من وجب عليه شهران فان صام هلاليين فقد أجزأه و لو كانا ناقصين]

الاولی:

من وجب علیه شهران فان صام هلالیین فقد أجزأه و لو کانا ناقصین بلا خلاف و لا إشکال، لصدق الامتثال، فان الشهر حقیقه ما بین الهلالین و إن صام بعض الشهر و أکمل الثانی اجتزأ به و إن کان ناقصا لما عرفت، و یکمل الأول ثلاثین من الشهر الثالث، لانکساره، فیتعذر اعتبار الهلال فیه، فیرجع إلی العدد.

و قیل: یتم من الثالث ما فات من الأول لأنه أقرب إلی الشهر الحقیقی، و قیل: ینکسر الشهران بانکسار الأول لأن الثانی لا یدخل حتی یکمل الأول، فیتم من الثانی الذی یلیه ثلاثین أو مقدار ما فات منه، و یتم الثانی من الذی یلیه کذلک.

و الأول أشبه عند المصنف و قد تقدم تحقیق المسأله فی کتاب

الطلاق (۱)و قلنا: إن الثانی أشبه لا الأول.

و تظهر الثمره فی ما لو صام من آخر رجب یوما و هو ناقص ثم أتبعه بشعبان و هو کـذلک، فیقضـی تسعه و عشرین من شوال علی الأول، و ناقصا منه بواحد علی الثانی، و ینتفی التتابع علی الثالث فی محل الفرض، لکون الذی صامه ثلاثین، و هو نصف ما علیه و فی غیره- بأن لم یکن بعد الشهرین رمضان- صح التتابع إن صام بعد العدد یوما.

و من ذلک یظهر لک ضعف القول المزبور، لما عساه یظهر من صحیح منصور ابن حازم (۲)عن الصادق علیه السلام من صحه التتابع فیمن صام شعبان فی الظهار إذا کان قد زاد یوما، فلاحظ و تأمل، فإن إطلاقه إنما یتم علی مختار المصنف و کذا القول الذی ذکره، أما علی انکسارهما و إتمامهما ثلاثین ثلاثین فلا یتم إلا فی صوره تمام الشهرین، أما إذا کانا ناقصین أو أحدهما فلا یتم، لعدم حصول الزیاده، نعم لو قلنا بإتمام الأول بمقدار ما فات منه مما یلیه یتم فی صوره تمامهما و نقصانهما و تمامیه شعبان و نقصان رجب دون العکس، و الله العالم.

[المسأله الثانیه المعتبر فی المرتبه حال الأداء لا حال الوجوب]

المسأله الثانیه:

المعتبر عندنا فی الکفاره المرتبه ب حال الأداء لا حال الوجوب کالوضوء و الصلاه و غیرهما من العبادات المراعی فیها ذلک، باعتبار تناول إطلاق النصوص حال الأداء قدره أو عجزا، و لا یشکل ذلک بمنافاته لمقتضی الاستصحاب إن قلنا بتعلق الوجوب حاله بخصله خاصه، و بعدم اقتضاء الأمر الوجوب إن لم نقل، لأن المتجه بناء علی ما ذکرنا الوجوب علی ما یقتضیه الحال فی سائر أوقات الامتثال، فلا استصحاب و إن صادف الخطاب حالا من الأحوال،

۱- ۱ راجع ج ۳۲ ص ۲۴۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب بقیه الصوم الواجب الحدیث ۱ من کتاب الصوم.

كما هو واضح.

و بـذلك يظهر لك أن التحقيق ذلك و إن قلنا بفوريه الكفاره، لأنها ليست توقيتا، فمع فرض العصـيان يشـمله إطلاق الأدله، فما عسـاه يظهر من بعض العبـارات من أن مبنى المسـأله التراخى فى الكفاره فى غير محله. و حينئـذ فلو كان قادرا على العتق و عجز صـام و لاـ يسـتقر العتق فى ذمته خلافـا للمحكى عن بعض العامه من اعتبار حال الوجوب تغليبا لجانب العقوبه، و آخر من اعتبار أغلظ الحالين، لكونها حقا واجبا فى الـذمه بوجود المال، فيعتبر حال اليسار كالحج، و آخر من اعتبار أغلظ الأحوال من الوجوب إلى الأداء حتى لو أيسر استقر العتق عليه، و ليس لأصحابنا فى المقام إلا الأول، و إن قال بعضهم باعتبار حال الوجوب فى القصر و الإتمام.

و لو أعتق العبـد ثم أيسـر قبل الصوم ففى القواعـد و محكى المبسوط يعتق لأنه حال الأداء موسـر، و قد يحتمل العدم، لأن الرقيه منعت من سـببيه الحنث لغير الصوم، بخلاف الحر لتحقق السببيه بالنسبه إليه و العجز إنما يمنع من الحكم، فإذا انتفى عمل السبب عمله.

و التحقيق عـدم الفرق، لأن العبوديه أحد أسـباب العجز أيضا، و إلا فسـببيه الظهار شامله للحر و العبد، و من اعتبر من العامه حال الوجوب جعل عليه الصوم، و من اعتبر أغلظ الحالين أو الأحوال اعتبر الأغلظ من حين العتق و الأداء إلى الأداء، و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا كان له مال یصل إلیه بعد مده غالبا لم ینتقل فرضه بل یجب]

المسأله الثالثه:

إذا كان له مال یصل إلیه بعد مده غالبا لم ینتقل فرضه، بل یجب علیه الصبر لعدم الفوریه، فلا یتحقق إطلاق «لَمْ یَجِدْ»(۱)الذی هو شرط الانتقال، و كذا لو لم توجد الرقبه فعلا و لكن ثمنها موجود و هی مما یتوقع وجودها، بل عن الشیخ التصریح بوجوب ذلک علیه و لو كان الصبر مما یتضمن المشقه علیه بالتأخیر كالظهار لشده شبق مثلا، لصدق الوجدان معها.

و لكن فی الظهار تردد من ذلک و من قاعده «لا ضرر و لا ضرار» و نفی الحرج فی الدین و سهوله المله و سماحتها و سقوط كثیر من

التكالیف بها، فیتجه حینئذ الانتقال و إن صدق معه اسم الواجد، كانتقال المكلف إلی التیمم مع وجدان الماء بالمشقه فی استعماله مثلا، بل الأصح ذلک مع فرض بلوغ المشقه حدا یسقط معها التكلیف، كما هو واضح.

۱- ۱ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۴ و سوره المائده: ۵- الآیه ۹۲.

[المسأله الرابعه إذا عجز عن العتق فدخل فی الصوم ثم وجد ما یعتق لم یلزمه العتق]

المسأله الرابعه:

إذا عجز عن العتق فی المرتبه فدخل فی الصوم و لو لحظه من الیوم ثم وجد ما یعتق لم یلزمه العتق وفاقا للمشهور ل

صحیح محمد بن مسلم (۱)عن أحدهما علیهما السلام قال: «سئل عمن ظاهر فی شعبان و لم یجد ما یعتق، قال: ینتظر حتی یصوم شهرین متتابعین، فان ظاهر و هو مسافر انتظر حتی یقدم، و إن صام و أصاب مالا فلیصم الذی ابتدأ»

و لما فی المسالک و غیرها من «أنه عند الشروع کان فاقدا، و من ثم یشرع البدل، فلو لم یسقط التعبد بالعتق لم یکن الصوم بدلا، و متی ثبت السقوط استصحب، و الخطاب متعلق بالعتق قبل الشروع فی الصوم لا بعده» ثم حکی عن ابن الجنید أنه لو أیسر قبل أن یصوم أکثر من شهر وجب العتق، ل

مرسل محمد بن مسلم (۲)أیضا الذی هو کالصحیح عن أحدهما علیهما السلام «فی رجل صام شهرا من کفاره الظهار ثم وجد نسمه، قال: یعتقها و لا یعتد بالصوم»

و رده بأنه محمول علی الأفضل جمعا بینه و بین صحیحه الآخر. و هذا هو الذی أشار إلیه المصنف بقوله و إن کان أفضل.

لکن قد یقال باقتضاء ذلک التخییر لا الترتیب الذی هو ظاهر الأدله، و بأن قوله تعالی (۳)«فَمَنْ لَمْ یَجِدْ» إن کان شرطا لصوم کل یوم من أیام الشهرین

۱- ۱ ذکر صدره فی الوسائل فی الباب- ۴- من أبواب الکفارات الحدیث ۱ و ذیله فی الباب- ۵- منها الحدیث ۱ و فیه« قال: ینتظر حتی یصوم شهر رمضان ثم یصوم شهرین متتابعین. و ان صام فأصاب مالا فلیمض الذی ابتدأ فیه» کما هو کذلک فی التهذیب ج ۸ ص ۱۷ و الاستبصار ج ۳ ص ۲۶۷ و الفقیه ج ۳ ص ۳۴۴ و الکافی ج ۶ ص ۱۵۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الکفارات الحدیث ۲.

۳- ۳ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۴.

كما هو الظاهر اتجه الاستئناف حينئذ حتى إذا وجد قبل انقضاء اليوم الأخير بلحظه، و إن كان شرطا لأصل الشروع فى الصوم لم يشرع العتق حينئذ، لا أنه أفضل، لسقوط الأمر به بالأمر ببدله الذى هو الصوم، كما هو مقتضى ما سمعته من الدليل الذى حكيناه عن المسالك و غيرها، بل لعل ذلك هو المناسب لقولهم:

«إن العبره بحال الأداء الذى هو قبل تمام الصوم منه، بل و لما ذكروه فى التيمم من انتقاض التيمم بوجدان الماء فى أثنائه، بل و لقاعده الشغل و غير ذلك.

فالمتجه حينئذ الترجيح بين الصحيحين، و لا ريب فى حصوله للأول، للشهره العظيمه و الصحه فى السند، فإن الأول على ما قيل مروى فى

التهذيب بسندين صحيحين، بل أكثر رواه أحدهما المجمع على تصحيح ما يصح عنه، بخلاف الثانى، فإنه ليس كذلك، و لغير ذلك، فيطرح الآخر حينئذ.

اللهم إلا أن يقال: إن ذلك مبنى على ما سمعته سابقا من عدم سقوط خطاب مشروعيه العتق بعدم الوجدان، و إنما الساقط تعينه، و لذا لو تكلف الفقير و أعتق أجزأه، فيتجه حينئذ العمل فيه بحمله على الأفضليه.

و كذا الكلام فيما لو عجز عن الصيام فدخل فى الإطعام ثم زال العجز لكن ينبغى أن يكون العله فحوى الصحيح (۱)المزبور المعتضد بعدم القول بالفصل، و لو لا ذلك لأشكل إلحاق حكمه بالعتق، لما عرفت من ظهور الأدله بخلافه.

و على كل حال ينبغى أن يعلم أن سقوط الحكم بالعتق على تقدير الشروع فى الصوم يصير مراعى بإكمال الصوم على الوجه المأمور به، فلو عرض فى أثنائه ما يقطع التتابع و وجدت القدره على العتق حينئذ إما بالاستمرار السابق أو بأمر متجدد وجب العتق، لوجود المقتضى له، و هو القدره عليه قبل أن يشرع فى الصوم، لأنه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الكفارات الحديث ۲.

ببطلان السابق ینزل منزله من لم یصم أصلا بالنسبه إلی الکفاره و لو فقدت القدره علی الأعیان قبل أن یجب استئناف الصوم بقی حکم الصوم بحاله، إذ هو حینئذ کمن وجد الماء فی

أثناء الصلاه و قلنا بوجوب بقائه علیها، فإنه لا یفسد التیمم إلا أن یستمر وجدان الماء إلی أن یفرغ من الصلاه و یتمکن من استعماله، فان فقد قبل ذلک بقی التیمم بحاله، و لو فرض قطعه الصلاه بسبب محرم قبل فقدان الماء بطل التیمم حینئذ و کلف بالطهاره المائیه.

[المسأله الخامسه لو ظاهر و لم ینو العود فأعتق عن الظهار لا یجزؤه]

المسأله الخامسه:

لو ظاهر و لم ینو العود فأعتق عن الظهار قال الشیخ: لا یجزؤه، لأنه کفر قبل الوجوب و هو حسن بل لا نعلم للأصحاب قولا بخلافه، کما اعترف به فی المسالک، لکن بناه علی أن السبب فی التکفیر العود، لمعلومیه عدم مشروعیه تقدم المسبب علی سببه، ثم قال: «نعم لو جعلنا السبب هو الظهار و العود شرطا أو جعلنا العود جزء السبب احتمل جواز تقدیمها کما یجوز تقدیم الزکاه علی الحول مع وجود بعض سببها، و هو ملک النصاب و عدم تمامه بالحول، و هو قول لبعض الشافعیه، و الشیخ وافقهم علی تعجیل الزکاه، و وافق هنا علی عدم إجزاء الکفاره، و کلاهما عندنا ممنوع».

و فیه أنه لا فرق فی عدم الاجتزاء علی التقادیر الثلاثه، ضروره عدم تعقل الامتثال قبل الأمر، و التقدیم فی الزکاه علی القول به بأمر مستقل فی التعجیل، أو أن تمام الحول شرط کاشف، کما تقدم تحقیق الحال فی ذلک.

[المسأله السادسه لا تدفع الکفاره إلی الطفل]

المسأله السادسه:

لا تدفع الکفاره إلی الطفل، لأنه لا أهلیه له لقبول التملیک المعتبر فی فرد التسلیم فی الکفاره، لظهور

قوله علیه السلام (۱): «لکل مسکین مد»

و أنها صدقه فی ذلک و لکن تدفع إلی ولیه کغیرها مما یعتبر فیها التملیک، و کذا المجنون فما عن الخلاف فی ذلک واضح الضعف، نعم لو کانت بالإطعام جاز مباشرته لها، لعدم اعتبار التملیک فیها.

و ما فی المسالک- من احتمال المنع بدون إذن الولی کالتسلیم، لأن مقتضی عموم ولایته توقف التصرف فی مصالح الطفل علی أمره- واضح الفساد، ضروره رجحان الإحسان عقلا و شرعا، علی أن الاذن هنا إن قلنا بها فهی فی أصل التصرف فی إشباع الطفل لا بالنسبه إلی صحه قبضه و ترتب الملک علیه، نحو ما سمعته فی التسلیم.

و أما الکسوه فظاهر اللام فی النصوص (۲)انحصارها فی التملیک، فلا یجوز دفعها حینئذ للطفل و المجنون، بل تدفع إلی ولیهما، فاحتمال جواز مباشرته لها- لأنها من

ضروراته، و لا یمکن الولی ملازمتها و هی ملبوسه له، فتکون فی معنی الإطعام- واضح الفساد.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الکفارات.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الکفارات الحدیث ۱ و الباب- ۱۴- منها الحدیث ۷ و ۱۰.

[المسأله السابعه لا تصرف الكفاره إلى من تجب نفقته على الدافع]

المسأله السابعه:

لا تصرف الكفاره إلى من تجب نفقته على الدافع، كالأب و الأم و الأولاد و الزوجه و المملوک بلا خلاف أجده فيه، لا لأنهم أغنياء بالدافع كما أوضحناه فى كتاب الزكاه(۱)بل لانسياق غيرهم من الأدله خصوصا مع ملاحظه قوله تعالى (۲)«مِنْ أَوْسَطِ ما تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ» المشعر بكون المساكين غيرهم، و ملاحظه

قول الصادق عليه السلام فى صحيح عبد الرحمن (۳)الوارد فى الزكاه: «خمسه لا يعطون من الزكاه شيئا: الأب و الأم و الولد و المملوک و الزوجه، و ذلک لأنهم عياله لازمون له»

المشعر بأن العياليه منافيه لصدق إيتاء الزكاه الظاهر فى خروجها عنه و عن عياله، ضروره اقتضاء إعطائها لعياله رجوعها إليه بنوع من الاعتبار، و كذا الصدقه التى منها الكفاره، بل لعل ما دل (۴)على عدم أكل

العيال من العقيقه لأنها صدقه مشعر بذلک، بل قد يدعى معلوميه ذلک من الشرع على وجه يعرفه كل تابع له.

و من ذلک يظهر لک جواز دفع الغير لهم الكفاره مع بذلها ممن عليه و عدمه، لعدم هذه الموانع، كما جاز دفع الزكاه من غير المنفق لهم عدا المملوک حتى

۱- ۱ راجع ج ۱۵ ص ۳۹۵- ۴۰۳.

۲- ۲ سوره المائده: ۵- الآيه ۹۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب المستحقين للزكاه الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴۷- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۱ من كتاب النكاح الا أنه ليس فيه التعليل بأنها صدقه، نعم ورد فى المستدرک فى الباب- ۳۴- من أحكام الأولاد الحديث ۲« فان لم يطبخه فلا بأس أن يتصدق به» و فى البحار ج ۱۰ ص ۲۵۲ ط الحديث« لا يصلح لها- أى الأم- الأكل منه فليتصدق بها كلها».

الزوجه إن لم يقم إجماع، كما تقدم تحقيقه فی كتاب الزكاه(۱)و به أفتی جمله من الأساطين، فلاحظ و تأمل ليظهر لک ما فی تعليل المصنف هنا المقتضی عدم الفرق بين المنفق و غيره.

بل و ما فی إطلاق الفاضل فی القواعد من عدم جواز صرفها إلی ولد الغنی و لا إلی من تجب نفقته عليه، و كذا ما فيها أيضا من جواز دفعها لعبد الفقير بناء علی جواز تملكه قبول الهبه أو أذن له مولاه و إلا فلا، إذ فيه أن الإذن لا تصيره قابلا للتملک حتی يصح دفعها له، نعم لا بأس بإطعامه مع عدم نهی المولی بناء علی جواز ذلک له، لأنه إحسان.

ثم قال: «و لا يجوز صرفها إلی من تجب عليه نفقته إلا مع فقر المكفر علی إشكال» قيل: من أنه حينئذ لا يجب عليه الإنفاق، فيكون كالأجنبی الفقير، و قوله عليه السلام فی

حسن جميل (۲)لمن أفطر فی رمضان: «فخذه فأطعمه عيالک، و استغفر الله تعالی»

و قول الصادق عليه السلام فی خبر إسحاق بن عمار(۳): «إن الظهار إذا عجز صاحبه عن الكفاره فليستغفر ربه، و لينو أن لا يعود قبل أن يواقع ثم ليواقع، و قد أجزأ ذلک عنه عن الكفاره، فإذا وجد السبيل إلی ما يكفر به يوما من الأيام فليكفر، و إن تصدق بكفه و أطعم نفسه و عياله فإنه يجزؤه إذا كان محتاجا، و إن لم يجد ذلک فليستغفر الله ربه، و ينوی أن لا يعود، فحسبه بذلک و الله كفاره»

و من أنه إذا تمكن من الإطعام للكفاره فهو متمكن منه للقرابه مثلا، و هو مقدم فيجب عليه.

و لا يخفی عليک ما فی الجميع بعد الإحاطه بما ذكرناه، ضروره عدم مدخليه الفقر و الغنی فی عدم جواز صرفها لمن وجبت نفقته عليه، لما سمعته من عدم صدق

۱- ۱ راجع ج ۱۵ ص ۳۹۷ الی ۴۰۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب ما يمسک عنه الصائم الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الكفارات الحديث ۴.

الامتثال كما عرفت، ثم لا ملازمه بين الفقر و عدم وجوب الإنفاق، إذ قد تجب النفقه عليه و إن كان فقيرا، بمعنى أنه لا يملك مئونه السنه، و لكن يملك نفقه جمله من الأيام، و أما الخبران المزبوران فمن المعلوم إراده سقوط الكفاره عنه فيهما، و إلا فإطعام النفس

ليس منها قطعا، و حينئذ فالمراد أن الله تعالى يحسب ذلك كفاره له بعد الاستغفار و الندم.

هذا و قد تقدم فى الزكاه ما يستفاد منه جمله من الأحكام فى المقام، مثل جواز دفع الزكاه للعيال لا للإنفاق، بل للتوسعه عليهم، و مثل دفعها إليهم، لأن عندهم من يعولون به، و غير ذلك من الفروع التى لا يخفى عليك جريانها فى المقام، بل من التأمل فيما هناك يظهر لك النظر فيما فى المسالك و غيرها فمن الغريب إرسالهم الحكم هنا إرسال المسلمات من غير إحاله له على ما تقدم، فلاحظ و تأمل.

و على كل حال فلا خلاف و لا إشكال فى أنها أى الكفاره تدفع إلى من سواهم ممن لا تجب نفقته و إن كانوا أقارب و لكن بشرط المسكنه و الايمان، بل هم أفضل من غيرهم، و الله العالم.

[المسأله الثامنه فی وجوب تقدیم الکفاره علی المسیس فی الظهار]

المسأله الثامنه قد عرفت فیما تقدم أنه إذا وجبت الکفاره فی الظهار وجب تقدیمها علی المسیس سواء کفر بالعتق أو بالصیام أو بالإطعام و إن لم یصرح به فی الأخیر فی الآیه(۱)إلا أنه معطوف علی المصرح به، خلافا للإسکافی فی خصوص الإطعام، و قد سمعت ضعفه، و الله العالم.

[المسأله التاسعه إذا وجب علیه کفاره مخیره کفر بجنس واحد]

المسأله التاسعه:

إذا وجب علیه کفاره مخیره کفر بجنس واحد عتق أو صیام أو إطعام و لا یجوز أن یکفر بنصفین من جنسین بأن یصوم شهرا و یطعم ثلاثین مثلا، بلا خلاف أجده و لا إشکال، لعدم إتیانه بالمأمور به علی وجهه، نعم لا بأس باختلاف أفراد الصنف الواحد منها، کما لو أطعم بعضهم قوتا خاصا و آخر غیره، أو کسی أحدهم ثوبا و الآخر ثوبا من جنس آخر، لصدق اسم الإطعام و الکسوه، کما هو واضح.

۱- ۱ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۴.

[المسأله العاشره لا يجزئ دفع القيمه فی الكفاره]

المسأله العاشره:

لا يجزئ دفع القيمه فی الكفاره، لاشتغال الذمه بالخصال لا بقيمتها التی لا تندرج فی إطلاق الأمر بالإطعام مثلا حتی فی الفرد الذی يراد منه التمليک للإطعام، و الاجتزاء بها فی الزكاه و نحوها للدليل، و من هنا لم يكن خلاف فی ذلک عندنا، بل فی المسالک هو إجماع و إن خالف فيه بعض العامه لنوع من الاستحسان الذی ليس بحجه عندنا كالقياس علی الزكاه.

[المسأله الحاديه عشره كفاره من قتل فی الأشهر الحرم]

المسأله الحاديه عشره قال الشيخ: من قتل فی الأشهر الحرم وجب عليه صوم شهرين متتابعين من أشهر الحرم و إن دخل فيهما العيد و أيام التشريق، لروايه (و هی روايه خ ل) زراره(۱)و المشهور عموم المنع بل حكی غير واحد الإجماع عليه، كما تقدم الكلام فی ذلک مفصلا فی كتاب الصوم (۲)فلاحظ.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب بقيه الصوم الواجب الحديث ۱.

۲- ۲ راجع ج ۱۷ ص ۸۸.

[المسأله الثانیه عشره کل من وجب علیه صوم شهرین متتابعین فعجز صام ثمانیه عشر یوما]

المسأله الثانیه عشره:

کل من وجب علیه صوم شهرین متتابعین فعجز صام ثمانیه عشر یوما، فان لم یقدر تصدق عن کل یوم بمد من طعام ل

خبر أبی بصیر و سماعه(۱)قالا: «سألنا أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یکون علیه صیام شهرین متتابعین فلم یقدر علی الصیام و لم یقدر علی العتق و لم یقدر علی الصدقه، قال: فلیصم ثمانیه عشر یوما عن کل عشره مساکین ثلاثه أیام»

المؤید

بالموثق (۲)«عن رجل ظاهر عن امرأته فلم یجد ما یعتق و لا ما یتصدق و لا یقوی علی الصیام، قال: یصوم ثمانیه عشر یوما»

و إن کان مورده خاصا بالظهار الذی هو أحد أفراد الکلیه الشامله للکفاره المرتبه و

المخیره لکن علی معنی تعذر الفردین الآخرین و تعین الصوم علیه فعجز عنه علی الوجه المراد منه، لا- کما فی المسالک حیث قال: «إطلاق وجوب الشهرین یشمل ما لو وجب بسبب کفاره أو نذر و ما فی معناه و ما لو وجبا فی الکفاره تعیینا أو تخییرا، لأن الواجب المخیر بعض أفراد الواجب بقول مطلق- ثم قال-: و فی الحکم بذلک علی إطلاقه إشکال، و فی مستنده قصور، لکن العمل بذلک مشهور بین الأصحاب- إلی أن قال بعد أن ذکر کلاما فی الأثناء-: و بالجمله لیس لهذا الحکم مرجع یعتد به حتی یلحظ و یترتب علیه ما یناسبه من الأحکام» و تبعه علی ذلک بعض من تأخر عنه.

و فیه أن المستند ما سمعت من الخبر المنجبر بالشهره التی حکاها، و الموثق

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب بقیه الصوم الواجب الحدیث ۱ نقلا- عن التهذیب ج ۴ ص ۳۱۲ عن أبی بصیر الا- أن الموجود فی الاستبصار ج ۲ ص ۹۷ عن أبی بصیر و سماعه بن مهران.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الکفارات الحدیث ۱.

الـذی لم یرد منه خصوص الظهـار و لو بقرینه الشـهره، بـل بیـان حکم خـاص لکیفیه التکفیر التی لا فرق فیها بین الظهار و غیره، خصوصا بعـد ملاحظه ما هو کالتعلیل للحکم المزبور فی الخبر الأول الظاهر- و لو بقرینه ذکر العتق و الصـدقه- فی الکفاره لا ما یشـمل النـذر، و کـذا نحـو عبـاره المتن و غیرهـا، بقرینه ذکر ذلـک من أحکـام الکفـاره، و کـونه تعـبیرا عن مضـمون الخـبرین المزبورین.

و من ذلک یعرف ما فی دعوی تناول الإطلاق المزبور للنـذر، کما عرفت ما فی دعوی شـموله للمخیره علی الوجه الـذی ذکره، ضروره عدم انسیاقه من إطلاق الوجوب ثم العجز الظاهر فی المعین إلا علی الوجه الذی ذکرناه، و هو تعین ذلک بتعذر الفردین الآخرین، لعدم ما یجده للعتق و الصوم، فتعین علیه الصوم بتخیل القدره علیه فعجز عن الإتیان به علی الوجه المراد منه، و شرع له بـدل آخر عن إطعام الستین، و هو صوم الثمانیه عشـر، بل هو کـذلک أیضا فی المرتبه، بل قـد یـدعی أن المراد من إطلاق نحو المتن ذلک أیضا.

و منه یعلم حینئـذ إراده التتـابع فیهـا، لأنهـا من الکفـاره و إن قـال فی المسالـک و غیرهـا: «و فی اشتراط التتـابع فی الثمانیه عشـر وجهـان: من أصـاله البراءه، و کون التتابع واجبا فی الأصل فکـذا فی البـدل، و الملازمه ممنوعه» لکنه کما تری، ضـروره انسـیاق التتابع فی کل صوم شرع کفاره، خصوصا فی المقام.

و مما ذکرنا یعلم أیضا أن المراد بالصدقه عن کل یوم بمد الثمانیه عشر لا الستین کما عن بعضهم، بل جعله فی نهایه المراد أحد الوجهین، ضـروره أنـک قـد عرفت کون مفروض المسـأله تعـذر الآـخرین فی المرتبه و المخیره، فلاـ یصـح فرض الصـدقه علی الستین المقتضـی للتمکن من فرد الإطعام الذی لا یقتضـی الانتقال معه إلی صوم الثمانیه عشر فی المرتبه و المخیره، و لعل الوجه فیه فحوی ما ورد(۱)فی

۱- ۱ لم یرد التصدق بمدین لصوم کل یوم فی قضاء شـهر رمضان، إلا فی موثق سـماعه- علی ما قیل فی بعض نسـخه- المروی فی الوسائل فی الباب- ۲۵- من أبواب أحکام شـهر رمضان الحدیث ۵ و تعرض لهـا فی الجواهر ج ۱۷ ص ۳۳ نعم فی صحیحه ابن مسـلم عن أبی عبـد الله علیه السـلام فی الشـیخ الکبیر و الـذی به العطـاش أنه لاـ حرج علیهمـا ان یفطرا فی شـهر رمضـان« و یتصدق کل واحد منهما فی کل یوم بمدین من طعام». راجع الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب من یصح منه الصوم الحدیث ۲.

النصوص فی قضاء شهر رمضان و غیره من أنه مد ان لصوم کل یوم بل لعل إطعام الستین مع تعذر الشهرین فی المرتبه یومئ إلی ذلک. و بذلک کله ظهر لک الوجه فیما ذکره المصنف و غیره من الأصحاب.

فما عن الإسکافی و المفید- من عدم البدل للظهار مع تعذر الخصال للأصل المقطوع بما عرفت، بل و الصدوقین من أن بدله التصدق بما یطیق- واضح الضعف، بل لا شاهد للأخیر سوی قاعده المیسور التی لا تعارض الدلیل المخصوص، بل العمل بها دونه کالاجتهاد فی مقابله النص.

نعم قد یعارض الخبر(۱)المزبور

صحیح ابن سنان أو حسنه (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام «فی رجل وقع علی أهله فی شهر رمضان فلم یجد ما یتصدق به علی ستین مسکینا، قال: یتصدق ما یطیق»

و فی صحیحه الآخر(۳)عنه علیه السلام أیضا «فی رجل أفطر فی شهر رمضان متعمدا یوما واحدا من غیر عذر، قال: یعتق نسمه أو یصوم شهرین متتابعین أو یطعم ستین مسکینا، فان لم یقدر تصدق بما یطیق»

بل عن ظاهر الکلینی العمل بهما، بل قیل: إنه فتوی التهذیبین صریحا، بل فی الریاض أنه لا یخلو من قوه، لصحه السند، و لموافقه قاعده المیسور.

و جمع الشهید فی الدروس بینهما تبعا للفاضل فی محکی المختلف بالتخییر بینهما الذی هو مقتضی الجمع، و لثبوته فی المبدل منه فکذا فی البدل.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب بقیه الصوم الواجب الحدیث ۱ من کتاب الصوم. راجع التعلیقه ۱ من ص ۲۹۲.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب ما یمسک عنه الصائم الحدیث ۳.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب ما یمسک عنه الصائم الحدیث ۱.

و فيه أن المتجه الجمع بينهما بالتخصيص، فيخرج حينئذ كفاره شهر رمضان من الحكم المزبور، كما سمعته من ظاهر الكليني و الشيخ، بل حكى عن الصدوقين أيضا و جماعه، و إن لم يكن على الوجه الذى ذكرناه جمعا بين النصوص، بل لا محيص عنه مع مراعاه مقتضى أصول المذهب و قواعده، و دعوى خرقه الإجماع المركب واضحه الفساد، لعدم استقرار إجماع فيها تستريح به النفس، كما هو واضح.

و أما الاستغفار الذى أشار إليه المصنف بقوله فان لم يستطع استغفر الله تعالى و لا شى ء عليه فظاهر الأصحاب الاتفاق على بدليته مع العجز عن خصال الكفاره على الوجه الذى عرفت فى غير الظهار الذى قد تقدم البحث فيه على ما اعترف به فى المسالك، كما أنه قد تقدم البحث عن ذلك فى الجمله فى كتاب الصوم (۱).

و قد سمعت

قول الصادق عليه السلام فى خبر أبى بصير(۲): «كل من عجز عن الكفاره التى تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقه فى يمين أو نذر أو قتل

أو غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفاره فالاستغفار له كفاره ما خلا يمين الظهار»

و فى

خبر زراره(۳)عن أبى جعفر عليه السلام «سألته عن شى ء من كفاره اليمين- إلى أن قال-: قلت: فان عجز عن ذلك، قال: فليستغفر الله عز و جل و لا يعود».

بل لعل ظاهرهما خصوصا الأول منهما بدليته على وجه تسقط عنه الكفاره لو تمكن بعد ذلك، و المناقشه فى سند الخبرين بعد الانجبار بما سمعت لا وجه لها،

۱- ۱ راجع ج ۱۶ ص ۳۱۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الكفارات الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الكفارات الحديث ۶.

كالمنـاقشه بأنه لم يجعل بـدلا فى الكفارات التى سـئل عنها النبى صـلى الله عليه و آله (۱)فى رمضـان و غيره مع اعتراف السائل بالعجز، إذ هو لا ينافى ثبوته فى دليل آخر، و قد عرفت سابقا أن مقتضى إطلاقها الاكتفاء بالمره فيه بدلا.

نعم الأولى له أن يضم إليه النـدم على مـا وقع و العزم على عـدم العود إليه إن كان عن ذنب و إلا اكتفى به، و الله العالم بحقيقه الحال.

۱- ۱ الوسائـل البـاب- ۸- من أبواب مـا يمسـك عنه الصائم الحـديث ۲ و ۵ من كتـاب الصوم و البـاب- ۱- من كتـاب الظهار الحديث ۴ و الباب ۱ من أبواب الكفارات الحديث ۲.

[كتاب الإيلاء]

اشاره

كتـاب الإيلاـء و هو فى الأصـل الحلف من ألوت أى قصـرت، يقال: آلى يولى إيلاء، و الاسم الأليه و الألوه، و الجمع ألايا، مثل عطيه و عطايا، و كـذا يقال: ائتلى يأتلى ائتلاء و منه قوله تعالى (۱)«وَ لا يَأْتَلِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَ السَّعَهِ أَنْ يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبى وَ الْمَساكِينَ».

و شـرعا حلـف الزوج على ترك وطء زوجته الـدائمه المـدخول بهـا قبلاـ أو مطلقـا مقيـدا بالزيـاده على الأـربعه أشـهر أو مطلقا للإضرار بها، كما ستسمع تفصيل ذلك كله إنشاء الله.

و الأصـل فيه قوله تعالى (۲)«لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسـائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَهِ أَشْـهُرٍ، فَـإِنْ فاؤُ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ. وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» بل منها يستفاد الوجه فى جمله من أحكامه الاتيه.

و قد كان طلاقا فى الجاهليه كالظهار، فغير الشارع حكمه، و جعل له أحكاما خاصه إن جمع شـرائطه، و إلا فهو يمين يعتبر فيه ما يعتبر فى اليمين، و حينئـذ فكـل موضع لاـ ينعقـد إيلاـء مع اجتماع شـرائط اليمين يكون يمينا، كما ذكره غير واحـد، بل أرسـلوه إرسال المسلمات و إن كان قد يناقش بأن المتجه عدم ترتب أحكام اليمين عليه، لأنه قصد به الإيلاء، و الفرض عدم انعقاده، فما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد.

لكن قد يدفع بأن الإيلاء فرد من مطلق اليمين، و يشخصه مورده لا قصده،

۱- ۱ سوره التوبه: ۲۴- الآيه ۲۲.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۲۶ و ۲۲۷.

إذ الـذى ذكروه فى الفرق بينه و بين اليمين مع اشتراكهمـا فى أصـل الحلـف و الكفـاره الخـاصه جواز مخـالفته فى الإيلاء، بل وجوبهـا على وجه و لو تخييرا مع الكفـاره، دون اليمين المطلقه، و عـدم اشتراط انعقـاده مع تعلقه بالمبـاح بأولويته دينا أو دنيا أو تسـاوى طرفيه، بخلاف مطلق اليمين، و اشتراطه بـدوام الزوجه كما سـتعرف دونه، و انحلال اليمين على ترك وطئها بالوطء دبرا مع الكفاره دون الإيلاء، و هى أجمع بعد الإغضاء عن المناقشه فى بعضها أحكام لا تغير مهيته.

و لعله لـذا اكتفى الأصـحاب فيه بكـل لسـان مع اشتراط العربيه للقـادر فى غيره من العقود و الإيقاعـات، إذ ليس ذلـك إلا لأن الإيلاء لم يكن للشـارع تصـرف فى إيقـاعيته على وجه تغـاير إيقـاعيته اليمين و إن كـان قـد يتوهم من قولهم: «كتاب الإيلاء» و قولهم: «هو لغه كـذا و شـرعا كذا» إلا أن ذلك كله على ضـرب من التسامح، و ليس الإيلاء إلا يمينا مخصوصه باعتبار خصوص موردها، مثل الصرف و السلم بالنسبه إلى البيع، فتأمل جيدا، و ربما تسمع له تأييدا.

و كيف كان ف النظر فى أمور أربعه:

[الأمر الأول فى الصيغه]

الأول:

فى الصـيغه و من المعلوم أنه لا ينعقـد الإيلاء إلا بأسـماء الله سـبحانه و تعـالى المختصه به أو الغالبه فيه، بلا خلاف أجـده فيه، للأصل و لأنه كما عرفت من اليمين المعتبر فيه ذلك، ل

قوله صلى الله عليه و آله و سلم (۱)«من كان حالفا فليحلف بالله أو فليصمت»

و قال محمد بن مسلم (۲)«قلت لأبى جعفر عليه السـلام قول الله عز و جل «وَ اللَّيْلِ إِذا يَغْشى»(۳)«وَ النَّجْمِ إِذا هَوى»(۴)و ما أشبه ذلك، فقال: إن

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۲۸.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب الإيلاء الحديث ۱.

۳- ۳ سوره الليل: ۹۲- الآيه ۱.

۴- ۴ سوره النجم: ۵۳- الآيه ۱.

لله تعالی أن یقسم من خلقه بما شاء، و لیس لخلقه أن یقسموا إلا به»

و قال الصادق علیه السلام: فی صحیح الحلبی(۱): «لا أری أن یحلف الرجل إلا بالله تعالی»

و قال علیه السلام فی صحیحه الآخر(۲)أیضا: «و الإیلاء أن یقول: و الله لا أجامعک کذا و کذا، و الله لأغیظنک ثم یغاضبها، فإنه یتربص به أربعه أشهر».

إلی غیر ذلک من النصوص.

نعم قد یقال بالاکتفاء بکل ما یدل علی الحلف بمسمی الاسم من موصول و صله و إشاره و نحو ذلک مما یصدق معه أنه حلف بالله تعالی المعلوم إراده کونه حلفا بمسماه لا بخصوص اسمه، و یأتی إنشاء الله تمام البحث فی ذلک فی الأیمان.

و علی کل حال فلا ینعقد لو کان الحلف بالکعبه أو النبی صلی الله علیه و آله و سلم أو الأئمه علیهم السلام و غیرها مما هو محترم و إن أثم بهتک الحرمه للاسم، بل و المسمی کما نص علیه فی کشف اللثام، بل لا بد مع ذلک من التلفظ بها أی بالجمله القسمیه، فلو قال: «لأترکن وطءک» لم یقع و إن أشعرت اللام بالقسم للأصل.

و یقع بکل لسان لصدق الإیلاء و الحلف معه و إن قلنا باشتراط العربیه فی غیره من العقد و الإیقاع، لکن قد عرفت أن الإیلائیه لیست شیئا زائدا علی الیمین الذی یقع بکل لسان، و هو مؤید لما ذکرناه سابقا، کما أشرنا إلیه.

نعم لا بد أن یکون ذلک مع القصد إلیه فلا یقع من الساهی و النائم و السکران و نحوها.

و اللفظ الصریح فیه هو قول و الله تعالی لا أدخلت فرجی فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من الإیلاء الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب الإیلاء الحدیث ۱.

فرجک و ما أشبهه أو یأتی باللفظه المختصه بهذا الفعل کالنیک، بناء علی اختصاصه بالوطء فی القبل دون الدبر أو ما یدل علیه صریحا من نحو ذلک.

و المحتمل الذی هو فی المتن کقوله: لا جامعتک و لا وطأتک، فان قصد به الإیلاء صح، و لا یقع مع تجرده عن النیه، و فیه أنهما من الصریح عرفا و إن کانا فی الأصل للأعم من ذلک، و لذا اکتفی بالأول منهما فی

صحیح (۱)أبی بصیر عن الصادق علیه السلام «سألته عن الإیلاء ما هو؟ فقال: هو أن یقول الرجل لامرأته: و الله لا أجامعک»

و کذا فی غیره أیضا، فالأصح کونه من الألفاظ الصریحه.

أما لو قال: لا جمع رأسی و رأسک بیت أو مخده أو لا ساقفتک بمعنی «لا جمعنی و إیاک سقف» و نحو ذلک من الملاصقه و الملامسه و المباشره مما هو کنایه عن المعنی المزبور قال فی الخلاف: لا یصح به إیلاء و تبعه ابن إدریس و الفاضل علی ما حکی عنهما، للأصل و حصر الإیلاء فی غیر واحد من النصوص (۲)فیما لا یشمل ذلک، و قال فی المبسوط: یقع مع القصد، و هو حسن بل عن الفاضل فی التحریر و التلخیص و المختلف اختیاره، لإطلاق أدله الإیلاء، و ل

حسن یزید ابن معاویه(۳)«إذا آلی الرجل أن لا یقرب امرأته و لا یمسها و لا یجمع رأسه و رأسها فهو فی سعه ما لم تمض الأربعه أشهر»

و فی

خبر أبی الصباح الکنانی (۴)«الإیلاء أن یقول الرجل لامرأته: و الله لأغضبنک أو لأسوأنک»

و صحیح الحلبی (۵)السابق، و لما عرفت من أن الإیلاء من الیمین المعلوم انعقاده بذلک، و هو الأقوی.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الإیلاء الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإیلاء الحدیث ۱ و ۶ و الباب ۹ منها.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الإیلاء الحدیث ۱ عن برید بن معاویه.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الإیلاء الحدیث ۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱- من أبواب الإیلاء الحدیث ۱.

و لو قـال: «لاـ جامعتـک فی دبرک» لم یکن مؤلیـا لأنه محسن غیر مضار، و کـذا لو قال: لا وطأتک فی حیض أو نفاس» أو نحو ذلک.

و هل یشترط تجریـد الإیلاء عن الشـرط؟ للشـیخ قولان، أظهرهما عند المصـنف اشتراطه کما عن بنی حمزه و زهره و إدریس و یحیی بن سـعید و الفاضـل فی أحـد قولیه، فلو علقه بشـرط أو زمـان متوقع أو صـفه کـان لاغیـا بل عن الخلاف الاسـتدلال علیه بالإجماع و الأخبار و أصاله البراءه، لکن لعل المراد بالأخبار ما سـمعته من النصوص (۱)المتضمنه لتفسیره منجزا، و إلا فلم نقف علی خبر یـدل علی الحکم المزبور بخصوصه، و بالإجمـاع أنه إنما وقع مطلقا، و لا دلیل علی وقوعه مشـروطا، نعم عن ابن زهره دعوی الإجماع علی اشتراط التجرید، کما عن ظاهر السرائر.

إلا أن الأقوی مع ذلک جوازه وفاقا للمحکی عن المبسوط و المختلف، لما عرفت من عـدم تسبیب للشارع فی الإیلاء زائـد علی تسبیب الیمین المعلوم قبوله للشرط، و حینئذ فکل ما جاز فی مطلق الیمین یجوز فیه، بل هو لیس إلا

فردا مخصوصـا من الیمین، و النصـوص (۲)المزبوره إنمـا سـیقت لبیان صـیغته بالنسـبه إلی المحلوف به و المحلوف علیه، لا غیر ذلک مما یشمل المفروض، و الإجماع المزبور بالمعنی الذی ذکرناه یرجع إلی الاحتیاط الذی لا یعارض الإطلاق.

و أمـا إجمـاع ابن زهره المعتضـد بظاهر السـرائر فلم نتحققه، بل لعل المحقق خلافه، و کأنه نشأ من توهم کون الإیلاء کغیره من أفراد الإیقاع المعلوم عدم جواز تعلیقه بالإجماع و غیره مما عرفته سابقا، کالطلاق و نحوه إلا ما خرج و نحوه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإیلاء الحدیث ۱ و الباب- ۹- منها.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإیلاء الحدیث ۶ و الباب- ۹- منها.

و لكن قد عرفت أنه ليس الإيلاء إلا اليمين الذى قد دل الدليل على جواز تعليقه، و ليس له إنشائيه زائده على إنشائيته، و لا تسبيب زائد على تسبيبه، نعم لهذا الفرد الخاص من اليمين و هو المتعلق بترك جماع الزوجه الدائمه أزيد من المده أحكام شرعيه بها استحق اسم الإيلاء، و دعوى أن من خصوصيته كونه منجزا لا دليل عليها. بل لعل الإطلاق يقتضى خلافها، و لعله إلى ذلك أشار فى كشف اللثام، حيث إنه بعد أن اختار الجواز فرق بينه و بين غيره من الإيقاع- كالطلاق و العتاق- بأنهما إيقاعان، و التعليق ينافى الإيقاع، و الإيلاء يمين و التزام.

و كيف كان ف لو حلف بالعتاق لا يطأها أو بالصدقه أو التحريم بأن قال: إن جامعتك فعبدى حر أو مالى صدقه أو أنت أو فلانه محرمه على أو نحو ذلك لم يقع عندنا يمينا فضلا عن الإيلاء و لو قصد الإيلاء لما عرفته من اعتبار الحلف بالله تعالى.

و كذا لو قال: إن أصبتك فعلى كذا لم يكن إيلاء بلا خلاف و لا إشكال، و إنما ذكره تنبيها على خلاف بعض العامه فى ذلك، و ضعفه بل فساده واضح عندنا.

و لو آلى من زوجته و قال للأخرى: شركتك معها أو أنت شريكتها أو مثلها أو نحو ذلك لم يقع بالثانيه و لو نواه، إذ قد عرفت أنه لا إيلاء إلا مع النطق باسمه تعالى و لا تجزئ الكنايه عنه و إن قلنا بالاكتفاء بها فى المحلوف عليه، بل فى المسالك «فان التصريح باسمه عماد الدين (۱)حتى لو قال به:

لأفعلن كذا ثم قال: أردت بالله لم ينعقد يمينه، و هذا مما اتفق عليه الكل و إن اختلفوا فى مثل قوله: أنت طالق ثم قال للأخرى: شركتك معها، فقد قال جمع بوقوعه، لأن الكنايات فيه عن الطلاق، و هو مما قد قيل بوقوعه أيضا ككنايه المحلوف عليه هنا» و هو حسن إلا دعوى اعتبار التصريح به بحيث

۱- ۱ هكذا فى النسختين المخطوطتين و فى المسالك« فان التصريح باسمه عماد اليمين».

لا يجزئ الضمير.

و على كل حال ف لا يقع الإيلاء إلا فى إضرار بلا خلاف أجده فى ذلك، بل فى كشف اللثام الاتفاق عليه، فلو حلف لصلاح اللبن أو لتدبير فى مرض لم يكن له حكم الإيلاء، و كان كالأيمان قال الصادق عليه السلام فى

خبر السكونى (۱): المنجبر بما عرفت «أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام، فقال: يا أمير المؤمنين إن امرأتى أرضعت غلاما و إنى قلت: و الله لا أقربك حتى تفطميه، قال عليه السلام: ليس فى الإصلاح إيلاء»

و قد تقدم ما فى صحيح الحلبى (۲)

و غيره(۳)من أن «الإيلاء أن يقول: و الله لا أجامعك كذا و كذا، و الله لأغيظنك ثم يغاضبها»

و نحوه ما فى

خبر أبى الصباح (۴)«الإيلاء أن يقول الرجل لامرأته:

و الله لأغضبنك و لأسوأنك»

و فى

الخبر أو الصحيح (۵)«إن تركها من غير مغاضبه أو يمين فليس بمؤول»

فمن الغريب وسوسه بعض الناس فى الحكم المزبور، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب الإيلاء الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب الإيلاء الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الإيلاء.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الإيلاء الحديث- ۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱- من أبواب الإيلاء الحديث ۲.

[الأمر الثانی فی المؤلی]

الأمر الثانی:

فی المؤلی و لا خلاف کما لا إشکال بل الإجماع بقسمیه علیه فی أنه یعتبر فیه البلوغ و کمال العقل و الاختیار و القصد مضافا إلی ما عرفته مکررا من الأدله العامه الداله علی اشتراطها فی غیره من العقود و الإیقاعات.

و یصح من المملوک حره کانت زوجته أو أمه لمولاه أو لغیره مع اشتراط رقیه الولد و عدمه، للعموم کتابا(۱)و سنه(۲)، بل لا أجد فیه خلافا و لا إشکالا، نعم فی المسالک «أما إذا کانت حره فظاهر، إذ لا حق للمولی فی وطئه و عموم الآیه(۳)یتناوله، و أما إذا کانت أمه للمولی أو لغیره و شرط مولاه رقیه الولد فقد ینقدح عدم وقوع الإیلاء منه، لأن الحق فیه لمولاه، فیتوقف علی إذنه» و فیه منع حق للمولی علی وجه یصح إجباره علیه، و وجوب الطاعه لیس حقا فی خصوص الفرض، و إلا لجاء الإشکال فی الحره أیضا، فالمتجه العموم.

و کذا یصح من الذمی و غیره من الکفار المقرین بالله للعموم، و امتناع صحه الکفاره منهم ما داموا کفارا لا یقدح فی صحته، لأن الشرط مقدور علیه بتقدیمه الإسلام، و لا ینحل بالإسلام، خلافا لمالک، و لم یخالف الشیخ هنا

فی الوقوع منه و إن خالف فی الظهار، مع أن المقتضی واحد.

هذا و فی المسالک «و التقیید بالذمی من حیث اعترافه بالله تعالی، و ینبغی أن لا یکون علی وجه الحصر فیه، بل الضابط وقوعه من الکافر المقر بالله تعالی لیتوجه حلفه به» و یقرب منه ما فی کشف اللثام.

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإیلاء الحدیث ۱ و ۶ و الباب- ۹- منها.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۶.

و قـد يقـال بترتب حكم الإيلاـء عليه من التكفير و نحوه بـالحلف بالله و إن لم يكن مقرا به، لأنه مكلف بالفروع التى منها ترتب ذلک على الحلف بالله من المقر و غيره للعموم و لأنه لولا ذلک لم يتوجه اليمين عليه لو ادعى عليه.

و كذا يصح من الخصى الذى يولج و لا ينزل بلا خلاف و لا إشكال، للعموم.

نعم فى صـحته من المجبوب الـذى لم يبق من آلته ما يتحقق به اسم الجماع تردد من العموم و من كونه يمينا على الممتنع، بل و خلاف. لكن أشبهه الجواز وفاقا للمبسوط و التحرير و الإرشاد و التبصره و التلخيص، لعموم الكتاب (۱)الذى لا ينافيه

ما فى السنه من كون «الإيلاء أن يقول: و الله لا أجامعک»(۲)

لإمكانه منه بالمساحقه، خصوصا إذا بقى من آلته دون الحشفه يلجه فى الفرج و ينزل منه، و أولى من ذلک بالجواز ما لو عرض الجب بعد الإيلاء.

و على كـل حـال ف تكون فئته بنـاء على ما ذكرنا العود إلى المساحقه، لا أنها تكون كفئه العاجز لمرض و نحوه التى هى القول باللسان «لو قـدرت لفعلت». نعم قـد يقال: إن فئته ذلک لو فرض تعـذر المساحقه منه، و لا ينافى ذلک عـدم صدق للجماع حتى على المساحقه، لإطلاق قوله تعالى(۳):

«لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ» و ليس فى شـى ء من النصوص السابقه اشتراط الجماع الذى يمكن دعوى انسـياقه إلى غير المساحقه، بل أقصاها أن يقول الرجـل لزوجته: «و الله لاـ أجامعک» و هو متحقق فيمن يكون مجامعته المساحقه و نحوها، بل و من لا يكون له مجامعه أصلا، بناء على ما ستعرفه من عدم اعتبار إمكان وقوع المحلوف عليه

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۶۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإيلاء الحديث ۱ و الباب- ۹- منها الحديث ۱ و ۲.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۶۶.

من الحالف فى الإيلاء، فيتحقق حينئذ بذلك، و تكون فئته القول باللسان و العزم على الفعل مع فرض إمكانه له، ضروره أن ذلك فئه مثل هذا المولى الذى فرض تناول الأدله له، نعم قد يقال: إنه و إن سلم كون فئته ذلك لكن لا ريب فى عدم تحقق الإضرار الذى اعتبروه شرطا، إذ الفرض أنه لاجماع له، اللهم إلا أن يمنع شرطيته ذلك على وجه ينافى ذلك، و إنما

المراد منها إخراج الحلف لصلاح الولد و نحوه، لا بحيث يشمل المقام، و من هنا كان المشهور تحقق الإيلاء، مع أنك قد عرفت الاتفاق على اعتبار الإضرار، و لا يمكن ذلك إلا بما قلناه.

و على كل حال فما فى المسالك- من أن الأصح عدم الإيلاء منه، لفقد شرط الصحه منه، و هو مخصص لعموم الآيه، و الفرق بينه و بين المريض توقع زوال عذره دونه، و مرافعته و صرب المده له ليقول باللسان ذلك فى حكم العبث الذى لا يليق بمحاسن الشرع، حتى التزم لذلك بطلان الإيلاء لو عرض الجب فى أثنائه، لاستحاله بقاء اليمين مع استحاله الحنث، و مجرد المطالبه باللسان و ضرب المده لذلك قبيح، كالمجبوب ابتداء- لا يخلو من نظر بعد الإحاطه بما ذكرناه، مضافا إلى إمكان منع عدم انعقاد اليمين على الممتنع، للإطلاق، و استحاله الحنث لا ينافى انعقادها.

لكن الانصاف عدم تحقق الإضرار بالزوجه الذى قد عرفت اعتباره مع الحال المزبور إلا على المساحقه التى ذكرناها، فتأمل جيدا. هذا كله المجبوب الذى لم يبق من آلته ما يتحقق به اسم الجماع، و إلا جاز الإيلاء منه بلا خلاف و لا إشكال، بل فى شرح الصيمرى الإجماع عليه.

[الأمر الثالث في المؤلى منها]

الأمر الثالث:

في المؤلى منها، و لا خلاف في أنه يشترط فيها أن تكون منكوحه بالعقد لا بالملك بل لعله إجماع، لعدم اندراج المملوكه في «نِسائِهِمْ»(۱)و في الزوجه.

و أن تكون مدخولا بها بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به في كشف اللثام، حتى ممن قال بعدم اعتباره في الظهار، كالمفيد و سلار و ابني زهره و إدريس، فإن المحكي عنهم التصريح هنا باعتباره، نعم في المسالك «و ربما قيل به هنا أيضا، و لكنه نادر» و إن لم نتحققه، و لعله نظر في النصوص الداله على ذلك هنا، ك

صحيح ابن مسلم (۲)عن أحدهما عليهما السلام قال: «في غير المدخول بها لا يقع عليها إيلاء و لا ظهار»

و خبر أبي الصباح (۳)عن أبي عبد الله عليه السلام «لا يقع الإيلاء إلا على امرأه قد دخل بها زوجها»

و في

خبر آخر(۴)عنه عليه السلام «إن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن رجل آلى من امرأته و لم يدخل بها، قال: لا إيلاء حتى يدخل بها، قال: أ رأيت لو أن رجلا حلف ألا يبني بأهله سنتين أو أكثر من ذلك أ يكون إيلاء؟».

لكن قد يقال إن ذلك مناف لما سمعته من المشهور من وقوعه من المجبوب الذي لا يتصور

دخول فيه، مع فرض جبه على وجه لم يبق من الذكر شي ء يتحقق به الدخول، اللهم إلا أن يحمل الدخول في كلامهم هنا على ما يشمل دخول

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۲۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من كتاب الظهار الحديث ۲ عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام الا أن الموجود في التهذيب ج ۸ ص ۲۱ الرقم ۶۵ عن أبي جعفر أو أبي عبد الله عليهما السلام.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الإيلاء الحديث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الإيلاء الحديث ۳.

المجبوب من المساحقه و نحوها.

و كيف كان ف في وقوعه بالمستمتع بها تردد، أظهره المنع وفاقا للمشهور إما لتبادر الدائمه من النساء و الزوجه أو لظهور قوله تعالى (۱)«وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ» بعد قوله «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ» في قبول المولى منها له، و هو منتف في المستمتع بها، نحو ما جاء في النص (۲)من الاستدلال على اعتبار النكاح الدائم في المحلل بقوله تعالى (۳)«فَإِنْ طَلَّقَها» كما نبهنا عليه في محله، فلاحظ و تأمل.

و لما قيل: أن لازم صحته جواز مطالبتها بالوطء و هو غير مستحق للمستمتع بها، و لأصاله بقاء الحل في موضع النزاع، و ل

قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن أبي يعفور(۴): «لا إيلاء على الرجل من المرأه التي تمتع بها».

خلافا للمحكي عن المرتضى من الوقوع بها، للعموم الذي لا يخصصه عود الضمير إلى بعض المذكورات سابقا، و مطالبتها مشروطه بالدوام نظرا إلى الغايه، و هو لا يستلزم عدم وقوعه بدون المطالبه، و الأصل مقطوع

بالإيلاء الثابت بالايه(۵)و هو كما ترى، و قد تقدم الكلام في ذلك في كتاب النكاح، فلاحظ.

و يقع بالحره و المملوكه كما يقع من الحر و المملوك، للعموم، بلا خلاف أجده فيه. و لا في أن المرافعه إلى المرأه لضرب المده و كذا إليها بعد انقضائها المطالبه بالفئه و لو كانت أمه، و لا اعتراض للمولى لأن حق الاستمتاع لها لا لمولاها.

و كذا يقع بالذميه كما يقع بالمسلمه للعموم، و الله العالم

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۲۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ۴ من كتاب الطلاق.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۰.

۴- ۴ التهذيب ج ۸ ص ۸ الرقم ۲۲.

۵- ۵ سوره البقره: ۲ الآيه ۲۲۶.

[الأمر الرابع فی أحکامه]

الأمر الرابع:

فی أحکامه، و فیه مسائل.

[المسأله الأولی لا ینعقد الإیلاء حتی یکون التحریم بالحلف]

الأولی:

لا ینعقـد الإیلاء حتی یکون التحریم بالحلف مطلقا فیحمل علی التأبید، ضـروره توقف الصدق علی الانتفاء فی جمیع الأوقات أو مقیدا بالدوام الذی هو تأکید لما اقتضاه الإطلاق أو مقرونا بمده تزید علی الأربعه أشهر و لو لحظه و إن انحلت بعدها الیمین،

قال زراره(۱): «قلت لأبی جعفر علیه السلام:

رجل آلی أن لا یقرب امرأته ثلاثه أشهر، قال: فقال: لا یکون إیلاء حتی یحلف أکثر من أربعه أشهر»

أو مضافا إلی فعل لا یحصل إلا بعد انقضاء مده التربص یقینا أو غالبا، کقوله و هو بالعراق: حتی أمضی إلی بلاد الترک و أعود، أو یقول:

ما بقیت الـذی هو بمعنی أبـدا، فان أبـد کل إنسان عمره، بل لو قال: ما بقی زیـد فکـذلک فی أحد الوجهین أو أقواهما مع غلبه الظن ببقائه، لأن الموت المعجل کالمستبعد فی العادات، فیکون کالتعلیق علی خروج الدجال.

و لا یقع لأربعه أشـهر فما دون لما عرفت و لا معلقا بفعل ینقضی قبل هذه المده یقینا أو غالبا أو محتملا علی السواء لعدم صدق الحلف علی أکثر من أربعه أشـهر، و لعدم تحقق قصد المضاره، فلا یحکم بکونه مؤلیا و إن اتفق مضـی أربعه أشـهر و لم یوجد المعلق به، بل یکون یمینا، لما عرفت من عدم تحقق قصد المضاره فی الابتداء، و أحکام الإیلاء منوطه به، لا بمجرد اتفاق الضرر بالامتناع من

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الإیلاء الحدیث ۲.

الوطء كما لو امتنع من غير يمين، و حينئذ فيرتفع اليمين لو وجد المعلق به قبل الوطء و تجب الكفاره لو وطأ قبل وجوده حيث ينعقد اليمين.

قلت: قد يقال: إن لم يكن إجماعا- على ما سمعت المدار على واقعيه الزياده- على أربعه أشهر- لا ظن حصولها أو عدمه، فان الصدق يدور مداره- فمع فرض التعليق لغايه يضم فى العاده بلوغها الأزيد من أربعه فاتفق عدمه خلاف العاده و بالعكس لا معنى لجريان حكم الإيلاء على الأول دون الثانى المتحقق فيه الصدق دون الأول، و كذا محتمل الوقوع فاتفق تأخره عن الأربعه، و لا- دليل على اعتبار إحراز ذلك على الوجه المزبور، نعم هو كذلك لتعجيل حكم الإيلاء، لا- لأصل كونه إيلاء حتى بعد الانكشاف، فتأمل جيدا، فانى لم أجد ذلك محررا فى كلماتهم.

و لو قال: و الله لا وطأتك حتى أدخل هذه الدار و لم يكن له مانع منها لا يرتفع إلا بما زاد على أربعه أشهر لم يكن إيلاء، لأنه يمكنه التخلص من التكفير مع الوطء بالدخول الذى هو غايه الحرمه و هو مناف للإيلاء المعتبر فيه حرمه الوطء عليه أزيد من الأربعه إلا مع الكفاره، إذ هو الذى تتحقق به المضاره، بل لا يصدق على مثله أنه آلى إلى أزيد من أربعه أشهر بعد أن كان غايه اليمين راجعه إلى اختياره، كما هو واضح.

[المسأله الثانيه مده التربص فی الحره و الأمه]

اشاره

المسأله الثانيه:

مده التربص فی الحره و الأمه و المسلمه و الذميه أربعه أشهر من حين الإيلاء على الأصح، كما ستعرفه سواء كان الزوج حرا أو مملوكا مسلما أو ذميا بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن دعوى تواتر النصوص (۱)فيه مضافا إلى الكتاب (۲)و ما عن مالك فی الزوج المملوک و أبی حنيفه فی الزوجه المملوكه- من كون المده فيهما على النصف فی الحر و الحره لقاعدته- كالاجتهاد فی مقابله النص.

و على كل حال ف المده حق للزوج و ليس للزوجه مطالبته فيها بالفئه لكن إن وطأ فيها كفر و انحل الإيلاء و إلا تربص إليها،

قال الباقر و الصادق عليهما السلام فی الصحيح(۳): «إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته فليس لها قول و لا حق فی الأربعه الأشهر، و لا إثم عليه فی كفه عنها فی الأربعه أشهر، فإن مضت الأربعه أشهر قبل أن يمسها فما سكتت و رضيت فهو فی حل و سعه، و إن رفعت أمرها قيل له: إما أن تفی ء فتمسها، و إما أن تطلق، و عزم الطلاق أن يخلی عنها، فإذا حاضت و طهرت طلقها فهو أحق برجعتها ما لم تمض ثلاثه قروء، فهذا الإيلاء الذی أنزل الله تبارک و تعالى فی كتابه و سنه رسوله صلى الله عليه و آله»

و نحوه غيره (۴).

و لا ينافی ذلک

خبر أبی مريم (۵)عن أبی عبد الله عليه السلام «عن رجل آلى من

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإيلاء.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۲۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الإيلاء الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإيلاء الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإيلاء الحديث ۳ و هو مضمر الا أن فی الاستبصار ج ۳ ص ۲۵۵ عن أبی عبد الله عليه السلام.

امرأته، قال: يوقف قبل الأربعه أشهر و بعدها»

المنزل على إراده الإيقاف قبلها لإلزام الحكم عليه بعد تلك المده، لا لإلزام الطلاق أو الإيفاء، فإنه إنما يكون بعد، ليوافق غيره من النصوص (۱)المجمع عليها، ک

خبر أبي الجارود(۲)«أنه سمع أبا جعفر عليه السلام يقول: الإيلاء يوقف بعد سنه، فقلت: بعد سنه، فقال: نعم يوقف بعد سنه»

المنزل على إراده أنه يوقف و لو مضت سنه لم يرفع أمره فيها، و لا تكون مطلقه بمضى المده ليوافق غيره من النصوص أيضا التى منها

خبر عثمان (۳)عن أبي الحسن عليه السلام «سألته عن رجل آلى من امرأته متى يفرق بينهما؟ قال: إذا مضت أربعه أشهر و وقف، قلت له: من يوقفه؟ قال: الامام، قلت: و إن لم يوقفه عشر سنين، قال: هى امرأته».

بل ظاهر النص (۴)و الفتوى أن المده المزبوره حق للزوج ليس لها مرافعته و إن كان قد ترک وطء ما قبل الإيلاء بأربعه أشهر أو أقل مثلا، و فى المسالک «و لو فرض كونه تاركا وطءها مده قبل الإيلاء يفعل حراما بالنسبه إلى ما زاد من أربعه أشهر من حين الوطء، لأنه لا

يجوز ترک وطء الزوجه أكثر من ذلک، و لا ينحل بذلک اليمين، لأن الإيلاء لا ينحل بذلک».

و فيه أن ظاهر الآيه(۵)و النصوص (۶)بل هو صريح الصحيح (۷)المزبور عدم الإثم عليه فى ترک الوطء مده التربص مطلقا، بل لعل الغالب عدم وطئها قبل الإيلاء بآن ما، بل لو كان المراد تربص الأربعه فى خصوص الموطوءه فى زمان متصل بإيقاع الإيلاء و إلا اتجه لها المطالبه قبل المده المزبوره لصار زمان الإيلاء

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإيلاء.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإيلاء الحديث- ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإيلاء الحديث- ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الإيلاء الحديث ۱.

۵- ۵ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۲۶.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإيلاء.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الإيلاء الحديث ۱.

شهرا و شـهرین و أقل و أكثر إذا فرض ترك وطئها قبل الإیلاء بثلاثه أشهر أو شهرین و نحو ذلك، و هو مناف للنص و الفتوی، و إن قال الفاضل فی القواعـد: «و لو كان الوطء یجب بعد شـهر مثلا فحلف أن لا یطأها إلی شـهرین ففی انعقاده نظر» و لعله من القصور عن المـده المقـدره للإیلاء، و من أن الإیلاء إنما انعقد لامتناعه من الوطء مده یجب علیه فی أثنائها، و لكن لا ریب فی أن الأول أقوی، كما اعترف به فی كشف اللثام.

و كیف كـان فلا ریب فی ظهور النص (۱)و الفتوی فی أن المـده المزبوره حق للزوج لیس لهـا المطالبه فیها إذا آلی و إن ترك وطیها سابقا، و لعل هذا أیضا من أحكام الإیلاء، فتأمل جیدا، فإن المسأله غیر محرره.

و علی كـل حـال فـإذا انقضت الأربعه أشـهر لم تطلق بانقضاء المـده عنـدنا، للأصل و ظاهر الكتاب (۲)و السنه(۳)أو صریحهما، خلافا لأبی حنیفه، فقد جعل المده وقت الفئه، و قال: «إذا لم یفی ء فیها طلقت طلقه بائنه» و لعل

قول الصادق علیه السلام فی خبر أبی بصیر(۴): «إذا آلی الرجل من امرأته فمكث أربعه أشـهر فلم یفی ء، فهی تطلیقه، ثم یوقف فان فاء فهی عنده علی تطلیقتین، و إن عزم فهی بائنه منه»

مطرح أو محمول علی مـا عن الاسـتبصار من أنه إذا طلق بعـد الأـربعه أشـهر فهی تطلیقه رجعیه، فإن فاء أی راجعها كانت عنـده علی تطلیقتین، و إن عزم حتی خرجت من العـده فقـد صارت بائنه لا یملك رجعتها إلا بعقـد جدید و مهر مسـمی، و إن بعد إلا أنه خیر من الطرح الذی لا بد منه مع فرض عدم تأویله، لاتفاق الكتاب و السنه القطعیه و الإجماع علی خلافه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الإیلاء الحدیث ۱.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸ و ۹- من أبواب الإیلاء.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الإیلاء الحدیث ۴.

بل لو فرض عدم طلاق الزوج لها بعد المده لم یکن للحاکم طلاقها بلا خلاف أجده فیه، لأن

«الطلاق بید من أخذ بالساق»(۱)

و لفحوی النصوص(۲)الداله علی حبسه و التضییق علیه لیفی ء أو یطلق، مضافا إلی

ظاهر الکتاب (۳)و السنه(۴)أو صریحهما، و ما فی

مضمر عثمان (۵)من أنه «إن لم یفی ء بعد أربعه أشهر حتی یصالح أهله أو یطلق جبر علی ذلک، و لا یقع طلاق فیما بینهما حتی یوقف و إن کان بعد الأربعه الأشهر، فان أبی فرق بینهما الإمام»

کالذی فی خبره السابق الآخر(۶)محمول علی إراده جبر الامام له علی ذلک إن لم یفی ء، فما عن مالک و الشافعی فی أحد قولیه- من أن له ذلک- واضح الفساد.

و علی کل حال ف إذا رافعته فهو مخیر بین الطلاق و الفئه، فإن طلق فقد خرج من حقها، و یقع الطلاق رجعه (الطلقه رجعیه خ ل) إن لم یکن ما یقتضی البینونه علی الأشهر بل المشهور، بل لم یعرف المخالف بعینه و إن أرسله بعض، لأنه الأصل فی الطلاق، و لذا احتاج البائن إلی سبب یقتضیه، و للنصوص (۷)التی منها

قول الصادق علیه السلام فی حسن یزید بن معاویه(۸): «فإذا

۱- ۱ کنز العمال ج ۵ ص ۱۵۵ الرقم ۳۱۵۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب الإیلاء.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۶ و ۲۲۷.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸ و ۹- من أبواب الإیلاء.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الإیلاء الحدیث ۴ عن عثمان بن عیسی، عن سماعه قال:« سألته.».

۶- ۶ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإیلاء الحدیث ۴.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الإیلاء الحدیث ۱ و الباب- ۱۰- منها الحدیث ۲.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الإیلاء الحدیث ۱ عن برید بن معاویه.

مضت الأربعه أشهر أوقف، فاما أن يفی ء فیمسها، و إما أن یعزم علی الطلاق فیخلی عنها حتی إذا حاضت و طهرت من محیضها طلقها تطلیقه قبل أن یجامعها بشهاده عدلین، ثم هو أحق برجعتها ما لم تمض الثلاثه الأقراء».

فما فی

صحیح منصور بن حازم (۱)عن الصادق علیه السلام «المؤلی إذا وقف فلم یفی ء طلق تطلیقه بائنه»

محمول علی من یری الإمام إجباره علی البائنه بفدیه، أو علی من کانت عند الرجل علی تطلیقه واحده، و کذا

مضمره الآخر(۲)«إن المؤلی یجبر علی أن یطلق تطلیقه بائنه»

و فی الکافی عن غیر منصور(۳)«أنه یجبر علی أن یطلق تطلیقه یملک فیها الرجعه، فقال له بعض أصحابه: إن هذا ینتقض، فقال: لاـ التی تشکو فتقول یجبرنی و یضربنی و یمنعنی من الزوج یجبر علی أن یطلقها تطلیقه بائنه، و التی تسکت و لا تشکو شیئا یطلقها تطلیقه یملک فیها الرجعه».

ثم علی تقدیر طلاقه رجعیا إن استمر علیه فذاک و إن رجع عاد الإیلاء، کما ستسمع تمام الکلام فیه إنشاء الله.

و علی کل حال فبطلاقها یخرج عن حقها و کذا إن فاء و رجع إلی وطئها یخرج عن حقها أیضا.

و إن امتنع عن الأمرین بعد مرافعه الحاکم حبس و ضیق علیه حتی یفی ء أو یطلق بلا خلاف أجده فیه،

قال الصادق علیه السلام فی خبر غیاث بن إبراهیم (۴): «کان أمیر المؤمنین علیه السلام إذا أبی المؤلی أن یطلق جعل له حظیره من قصب و أعطاه ربع قوته حتی یطلق»

و قال فی خبر حماد بن عثمان (۵)«کان أمیر المؤمنین علیه السلام یجعل له حظیره من قصب یحبسه فیها و یمنعه من الطعام و الشراب حتی یطلق»

و فی المرسل (۶)«إن فاء و هو أن یرجع إلی الجماع و إلا حبس

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الإیلاء الحدیث ۵.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الإیلاء الحدیث ۳.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الإیلاء الحدیث ۳.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب الإیلاء الحدیث ۳.
۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب الإیلاء الحدیث ۱.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب الإيلاء الحديث ۴.

فی حظیره من قصب و شدد علیه فی المأكل و المشرب حتی یطلق»

بل

عن الفقیه «روی (۱)«أنه متی أمره إمام المسلمین بالطلاق فامتنع ضرب عنقه، لامتناعه علی امام المسلمین»

و فی مرسل خلف بن حماد(۲)عن الصادق علیه السلام «فی المؤلی إما أن یفی ء أو یطلق، فان فعل و إلا ضربت عنقه»

بل

روی أیضا(۳)«إن أمیر المؤمنین علیه السلام بنی حظیره من قصب و جعل فیها رجلا آلی من امرأه بعد الأربعه أشهر، فقال له: إما أن ترجع إلی المناكحه و إما أن تطلق و إلا أحرقت علیك الحظیره».

و كیف كان ف لا یجبره الحاكم علی أحدهما تعیینا قطعا لأن الشارع خیره بین الأمرین، فلا یجبر إلا علی ما وجب علیه شرعا.

و لو آلی مده معینه و دافع بعد المرافعه حتی انقضت المده سقط حكم الإیلاء و لم یلزمه الكفاره مع الوطء لأنها تجب مع الحنث فی الیمین، و لا یتحقق إلا مع الوطء فیها، و أما إذا انقضت سقط حكم الیمین، سواء رافعته و ألزمه الحاكم بأحد الأمرین أم لا، لاشتراكهما فی المقتضی و إن أثم بالمدافعه علی تقدیر المرافعه، كما هو واضح.

و لو أسقطت حقها من المطالبه مده و لو بالسكوت عنه لم یسقط أصل المطالبه، لأنه حق یتجدد فیسقط بالعفو ما كان لا ما یتجدد و إن وجد سببه، و لما كان حقها فی المطالبه یثبت فی كل وقت ما دام الإیلاء باقیا فهو مما یتجدد بتجدد الوقت، فإذا أسقطت حقها فیها لم یسقط إلا ما كان فیها ثابتا وقت الاسقاط، و ذلك فی قوه عدم إسقاط شی ء كما اعترف به فی المسالك، لأن الان الواقع بعد ذلك بلا فصل

یتجدد فیه حق المطالبه و لم یسقط بالإسقاط، فلها المطالبه متی شاءت، قال: «و كذلك القول فی نظائره من الحقوق المتجدده بحسب الوقت، كحق القسمه للزوجه، و حق الإسكان فی موضع معین حیث نقول بصحته

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب الإیلاء الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب الإیلاء الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب الإیلاء الحدیث ۶.

و نحو ذلک، و من هذا الباب ما لو علمت بإعسار الزوج فرضیت ثم أرادت الفسخ علی قول من یجوزه به، فلها ذلک لتجدد الضرب بفوات النفقه یوما فیوما، و یخالف ما إذا رضیت بعنه الزوج ثم أرادت الفسخ، حیث لا یبطل خیارها لفوات الفوریه، بأن جهلت الفوریه أو نحو ذلک مما سبق، فإنها لا تمکن منه، و فرق بأن العنه عجز حاضر و خصله ناجزه لا تبسط علی الأیام، و حق الاستمتاع و النفقه یبسطان علیها، و بأن العنه عیب و الرضا بالعیب یسقط حق الفسخ».

قلت: لا یخفی علیک ما فی الفرق المزبور، و المتجه فی کل سبب یسلطها علی الخیار فی العقد متی أسقطت حقها منه لزم العقد، و لیس لها بعد المطالبه، ضروره اتحاد صیغه العقد بالنسبه إلی ذلک، فلا یکون فی حال جائزا و فی آخر لازما، کما هو واضح.

إنما الکلام فی إسقاط حق القسم و حق المطالبه، و لا ریب فی سقوطه لو وقع بعقد صلح و نحوه، کما ورد ذلک فی حق القسم، أما سقوطه بالإسقاط فلا یخلو من إشکال، لما عرفت، مع احتمال صحته اکتفاء بحصول سببه، و لفحوی ما دل (۱)علی سقوطه بالصلح، ضروره أنه مع فرض عدم قابلیه سقوطه لعدم حصوله لا یصلح الصلح و الفرض صحته، فیدل علی صحه سقوطه بالإسقاط.

و من ذلک حق الدعوی الذی لا خلاف فی مشروعیه الصلح لإسقاطه، و هو أقرب شی ء إلی حق المطالبه لها فی المقام، نعم لا یسقط بالسکوت عنه مده قطعا، کما هو صریح النص و الفتوی، إنما الکلام فی سقوطه بالإسقاط الحاصل بقولها:

«أسقطته من أصله» و نحوه، فتأمل جیدا، فان المقام محتاج إلی التأمل، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب القسم و النشوز من کتاب النکاح.

[فروع]

[الأول لو اختلفا فی انقضاء المده فالقول قول من یدعی بقاءها]

الأول:

لو اختلفا فی انقضاء المده بأن ادعت المرأه انقضاءها لتلزمه بالفئه أو الطلاق و ادعی هو بقاءها فالقول قول من یدعی بقاءها للأصل، لأن مرجع دعوی انقضائها إلی تقدم زمان الإیلاء أو زمان المرافعه، و الأصل عدم تقدم کل منهما.

و کذا لو اختلفا فی تقدم زمان إیقاع الإیلاء أو المرافعه و تأخره فالقول قول من یدعی تأخره للأصل المزبور، کما هو واضح.

[الثانی لو انقضت مده التربص و هناک مانع من الوطء کالحیض و المرض]

الثانی:

لو انقضت مده التربص و هناک مانع من الوطء کالحیض و المرض و نحوهما لم یکن لها المطالبه بالفئه فعلا بلا خلاف أجده، بل فی المسالک الإجماع علیه لظهور عذره فی التخلف و لعدم المضاره لها، نعم لو قیل لها المطالبه بفئه العاجز عن الوطء کان حسنا بل اختاره غیر واحد، بل حکی عن کثیر، لإطلاق الأدله، و لقاعده المیسور، و لتخییره بین الفئه و الطلاق و ربما طلقها إذا طالبته، و لعدم کون المانع منها، بل هی ممکنه و لکن المانع من الله تعالی، خلافا للمحکی عن الشیخ من المنع، لأن الامتناع من جهتها، و فیه أن عدم قبول المحل کعدم القدره من الفاعل، و کما یلزم بفئه العاجز عند عجزه عن الوطء کذلک یلزم عند عجزها، فلا فرق بین الحیض و غیره.

و لو تجددت أعذارها فی أثناء المده قال فی المبسوط: تنقطع الاستدامه عدا الحیض أی لا تحتسب من المده، فإذا زال العذر بنت علی ما مضی من المده قبل العذر کما فی حاشیه الکرکی و المسالک، لأن الحق لها و العذر من قبلها، و مده التربص حق له فلا یجب علیه منها ما لا قدره له علی الفئه فیه، بل فی کشف اللثام «تستأنف مده التربص لمنعها من ابتداء الضرب- إلی أن قال-: و إنما یستأنف و لا یبنی علی ما مضی لوجوب المتابعه فی هذه المده، کصوم کفاره الظهار و نحوه» و فیه منع واضح. و علی کل حال تنقطع المده بتجدد أعذارها الشرعیه و الحسیه عند الشیخ، نعم یستثنی من ذلک خصوص الحیض، فإنه لا یقطعها إجماعا، لأنه لو قطع لم تسلم مده التربص أربعه أشهر، لتکرره فی کل شهر غالبا.

و لکن فیه تردد من ذلک و من إطلاق الأدله مع قیام فئه العاجز مقام الوطء من القادر، و هو بحکمه.

و من هنا لا ینقطع المده بأعذار الرجل ابتداء و لا اعتراضا إجماعا، لأن حق المهله له و العذر منه، و المرأه لکن المضاره حاصله(۱)سواء کانت شرعیه کالصوم و الإحرام أو حسیه کالجنون و المرض. و کذا لا تمنع من المواقعه(۲)انتهاء لو اتفقت علی رأس المده، بل یؤمر بفئه العاجز أو الطلاق، کما سیأتی، لإطلاق الأدله.

۱- ۱ هکذا فی النسخه المخطوطه المسوده، و الموجود فی المبیضه« و المرأه لکن المضاره حاصله» و هو خطأ، و الصحیح ما أثبتناه.

۲- ۲ هکذا فی النسخه الأصلیه، و فی الشرائع المطبوع« المرافعه».

[الثالث إذا جن بعد ضرب المده احتسب المده عليه و إن كان مجنونا]

الثالث:

إذا جن بعد ضرب المده احتسب المده عليه و إن كان مجنونا للإطلاق، فإن انقضت المده و الجنون باق تربص به حتى يفيق لرفع القلم عنه، و لا يقوم وليه مقامه فى ذلك، نعم لو كان العذر مما لا يرتفع معه التكليف أمر بفئه العاجز.

[الرابع إذا انقضت المده و هو محرم ألزم بفئه المعذور]

الرابع:

إذا انقضت المده و هو محرم ألزم بفئه المعذور لما عرفت. و كذا لو اتفق صائما على وجه لا يجوز له الإفطار، و لا يلزم بالوطء المحرم و لكن لو واقع أتى بالفئه و إن أثم لحصول الغرض، سواء وافقته على ذلك أم أكرهها، و سواء قلنا بجواز موافقتها له لأنه ليس محرما من طرفها أو لا، لأنه إعانه على الإثم و كذا الكلام فى كل وطء محرم كالوطء فى الحيض و الصوم الواجب و نحوهما.

[الخامس إذا ظاهر ثم آلى أو عكس صح الأمران]

الخامس:

إذا ظاهر ثم آلى أو عكس صح الأمران لبقاء الزوجيه الصالحه لإيقاع كل منهما و إن كانت قد حرمت بالسبب الآخر، فتحرم حينئذ من الجهتين و لا تستباح بدون الكفارتين، لكن قد عرفت اختلاف المده فى إمهاله فيهما، ففى الظهار ثلاثه و فى الإيلاء أربعه، و حينئذ ففى الفرض إذا انقضت مده الظهار

الزم بحكمه خاصه، فترافعه و يوقف بعد انقضاء مدت ه أى الظهار، فان طلق فقد و فى الحق و خرج من حكمى الإيلاء و الظهار و إن أبى ألزم ب التكفير و ال عود لل وطء لأنه أسقط حقه من التربص إلى الأربعه بالظهار و كان عليه كفاره الإيلاء إذا وطأ و إن توقفت كفاره الظهار على مده تزيد عن مده الإيلاء أو كان الظهار متأخرا عنه بحيث انقضت مدته قبل التخلص منه طولب بالأمرين معا و لزمه حكمها، و لكن قد يختلف حكمها فيما لو انقضت مده الإيلاء و لما يكمل الكفاره للظهار، فان حكم الإيلاء إذا لم يختر الطلاق إلزامه بالفئه و تعجيل الوطء، و حكم الظهار تحريمه إلى أن يكفر، و طريق الجمع حينئذ إلزامه للإيلاء بفئه العاجز، لأن الظهار مانع شرعى من الوطء قبل التكفير، فتجتمع الكفارتان بالعزم على الوطء إحداهما للفئه و الآخرى للعزم عليه، و لو أراد الوطء فى هذه الحاله قبل التكفير للظهار حرم عليه ذلك، بل يحرم عليها أيضا تمكينه منه، كما سبق و إن أبيح له و لها من حيث الإيلاء، و لو فعل حراما و وطأ حصلت الفئه و لزمه كفارتا الظهار و الإيلاء.

[السادس إذا آلی ثم ارتد لا تحتسب علیه مده الرده]

السادس:

إذا آلی ثم ارتد عن غیر فطره مثلا- قال الشیخ: لا- تحتسب علیه مده الرده، لأن المنع بسبب الارتداد الذی هو فاسخ للنکاح کالطلاق لا بسبب الإیلاء فلا تحتسب مدته من مده الإیلاء المقتضیه لاستحقاق المطالبه بعدها بالوطء، لتضاد المؤثرین المقتضی لتضاد الأثرین کما لا یحتسب زمان العده.

و الوجه عند المصنف بل فی المسالک نسبته إلی الأکثر الاحتساب، لتمکنه من الوطء بإزاله المانع فلا یکون عذرا، و یفارق العده بأن المرتد إذا عاد إلی الإسلام تبین أن النکاح لم ینفسخ و الطلاق الماضی مع لحوق الرجعه لا ینفسخ، و لهذا ظهر أثره بتحریمها بالثلاث و إن رجع فی الأولین، و لکن ذلک کما تری. و لعله لذا قال الکرکی فی الحاشیه: «و فی الفرق بحث».

[المسأله الثالثه إذا وطأ فی مده التربص لزمته الکفاره إجماعا]

المسأله الثالثه:

إذا وطأ فی مـده التربص لزمته الکفـاره إجماعـا بقسـمیه، و لاـ طلاق ما دل علی کفاره الیمین من الکتاب (۱)و السنه(۲)ضروره کون

المفروض منه، و لا إثم علیه فی الکف عنها فی المده المزبوره التی لا حق لها فیها.

و لو وطأ بعـد المـده قـال فی المبسوط: لاـ کفـاره للأصـل بعـد الشـک أو الظن بخروج الفرض عن إطلاـق مـا دل علی وجوبها بالحنث بسـبب وجوب الوطء علیه شـرعا، لأنها مطالبه بعـد مضـی الأربعه، فلا حنث حینئذ، و بذلک یظهر لک الفرق بین ما بعد المـده و أثنائهـا، علی أن خروج الثـانی فی صوره جواز الوطء أو رجحـانه بالإجمـاع لا یقتضـی خروج الأول عن مقتضـی أصاله البراءه عن التکفیر.

و لکن مع ذلک قال فی الخلاف و محکی النهایه و التبیان:

تلزمه الکفـاره کمـا عن مجمع البیـان و روض الجنان و أحکام القرآن، بل هو ظاهر الأکثر، بل عن الخلاف الإجماع علیه، مضافا إلی

خبر منصور بن حازم (۳)المنجبر بما عرفت عن الصادق علیه السـلام قال: «سألته عن رجل آلی من امرأته فمرت به أربعه أشـهر، قال: یوقف فان عزم الطلاق بانت منه، و علیها عده المطلقه، و إلا کفر عن یمینه، و أمسکها»

معتضدا ب

ما عن العیاشی من إرساله عنه علیه السلام (۴)«أنه سئل إذا بانت المرأه من الرجل هل یخطبها مع الخطاب؟

قال: یخطبها علی تطلیقتین، و لا یقربها حتی یکفر عن یمینه»

و کذا

ما أرسله

۱- ۱ سوره المائده: ۵- الآیه ۹۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الکفارات.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الإیلاء الحدیث ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الإيلاء الحديث ۴.

عنه علیه السلام أیضا فی المحکی عن بعض الکتب (۱)أنه قال: «إذا فاء المؤلی فعلیه الکفاره».

و لعله لذا قال المصنف و هو أشبه و تبعه الفاضل و غیره، مؤیدا ذلک بأن یمین الإیلاء یخالف مطلق الیمین فی أمور هذا منها، و منهـا انعقـاده و إن کان ترکه أرجـح، بل ربما وجب، کما لو آلی فی وقت یجب فیه الوطء، فما فی المسالک- من الوسوسه فی الحکم المـذکور لأـمور لاـ توافق أصولنا- فی غیر محله، علی أنه هو فی آخر کلامه أعاذه الله تعالی و إیانا من الوسواس قال: «و مع ذلک فاعتمادنا علی المذهب المشهور من وجوب الکفاره علی المؤلی مطلقا».

[المسأله الرابعه إذا وطأ المؤلی ساهیا بطل حکم الإیلاء]

المسأله الرابعه:

إذا وطأ المؤلی ساهیا أو مجنونا، أو اشـتبهت بغیرها من حلائله أو فی نحو ذلک من الأحوال التی لا یکون بها عامـدا قال الشـیخ: بطل حکم الإیلاء الذی هو ترک وطئها فی المده المزبوره بحیث یکون لها المطالبه، ل أن المفروض تحقق

الإصابه و لو فی الأحوال المزبوره نعم لم تجب الکفاره بلا خلاف و لا إشـکال و إن انحل حکم الإیلاء لعـدم الحنث إذ الفرض عـدم عمـده، فیندرج فیمن رفع عنه الخطأ أو النسیان من الأمه، بل من المعلوم أن المراد من الیمین الالتزام بمقتضاها، و لا یکون ذلک إلا حال التـذکر، فلیس الفرض حینئـذ متعلقا للیمین، لکن قـد ینقـدح من ذلک حینئـذ عـدم الانحلال، لأنه لیس من أفراد المحلوف علیه، و کذا مطلق الیمین.

اللهم إلا أن یقال: إن متعلق الیمین عدم وجود الحقیقه من الحالف أصلا، إلا أن الکفاره علی الیمین یتبع التکلیف المتوقف علی حصول التذکر، فالانحلال

۱- ۱ المستدرک الباب- ۱۰- من أبواب الإیلاء الحدیث ۲.

يحصل بكونه منافيا للمحلوف عليه من عدم وجود الحقيقه أصلا و لا تجب الكفاره، لأن عنوانها حال التكليف، فتأمل جيدا.

ثم إن الحكم على تقدير انحلال الإيلاء واضح، أما إذا لم نقل بالانحلال ففى المسالك «وجهان أحدهما أنه لا تحصل الفئه و تبقى المطالبه، لأن اليمين باقيه، و الثانى تحصل بوصولها إلى حقها و اندفاع الضرر، و لا فرق فى إبقاء الحق بين وصوله إلى صاحبه حال الجنون و العقل كما لو رد المجنون وديعه إلى صاحبها، و لأن وطء المجنون كوطء العاقل فى التحليل و تقرير المهر و تحريم الربيبه و سائر الأحكام فكذلك هنا، و لا يلزم من عدم وجوب الكفاره عدم ثبوت الفئه، لأنها حق لله تعالى، و الفئه حق للمرأه، و يعتبر فى حق الله تعالى من القصد الصحيح ما لا يعتبر فى حق الآدمى، و الأصح الأول».

قلت: لا يخفى عليك ما فى دعوى الوجهين، ضروره أنه يتعين مع عدم انحلاله عدم كون ذلك فئه، و إن حصل بسببه سقوط المطالبه من المرأه فى تلك الأربعه و لكن يبقى لها حكم المطالبه فى أربعه أخرى، لبقاء حكم الإيلاء فيها، و قد عرفت أن الأقوى عندنا الانحلال، فيسقط هذا التفريع من أصله.

[المسأله الخامسه إذا ادعى الإصابه فأنكرت فالقول قوله مع يمينه]

المسأله الخامسه:

إذا ادعى الإصابه فأنكرت فالقول قوله مع يمينه بلا خلاف أجده فيه لتعذر إقامه البينه أو تعسرها، فلو لم يقبل قوله فيه مع إمكان صدقه لزم الحرج، و لأنه من فعله الذى لا يعلم إلا من قبله، و أصاله بقاء النكاح، و عدم التسلط على الإجبار على الطلاق، و

قول الباقر عليه السلام فى خبر إسحاق بن عمار(۱): «إن عليا عليه السلام سئل عن المرأه تزعم أن زوجها لا يمسها و يزعم أنه يمسها، قال:

يحلف و يترك»

و قول الصادق عليه السلام فيما أرسل عنه فى بعض الكتب (۲)«فى فئه المؤلى إذا قال: قد فعلت و أنكرت المرأه فالقول قول الرجل و لا إيلاء»

و مثله فى تقديم قوله فى الإصابه المخالف للأصل ما لو ادعى العنين اصابتها فى المده أو بعدها.

ثم إذا حلف على الإصابه و طلق و أراد الرجعه بدعوى الوطء الذى حلف عليه قال فى التحرير: «الأقرب أنه لا يمكن، و كان القول قولها فى نفى العده و الوطء على قياس الخصومات من أن البينه على المدعى و اليمين على من أنكر، و إنما خالفناه على دعوى الإصابه لما ذكر من العله، و هى منتفيه هنا، كما لو اختلفا فى الرجعه ابتداء».

و فى المسالک «هذا التفريع لابن الحداد من الشافعيه، و وافقه الأكثر، و استقر به العلامه فى التحرير، و هو مع اشتماله على الجمع بين المتناقضين لا يتم على أصولنا من اشتراط الدخول فى صحه الإيلاء، قال الشهيد ره: ما سمعنا فيه خلافا، و إنما فرعوه على أصولهم من عدم اشتراطه، و مع ذلک فلهم وجه آخر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب الإيلاء الحديث ۱.

۲- ۲ المستدرک الباب- ۱۱- من أبواب الإيلاء الحديث ۱.

بأنه یمکن من الرجعه، و یصدق فی الإصابه من الرجعه کما یصدق فیها لدفع التفریق، لأن فی الرجعه استیفاء ذلک النکاح أیضا، و هذا أوجه».

قلت: لا یخفی علیک ما فیه من دعوی التناقض، و إنما هو اختلاف الأحکام الظاهریه، و اشتراط الدخول فی الإیلاء لا ینافی ثبوته بطریق شرعی، کتصدیق المرأه فی دعوی الحیض و نحوها.

[المسأله السادسه المده المضروبه بعد الترافع لا من حین الإیلاء]

المسأله السادسه قال فی المبسوط و محکی الغنیه و السرائر و الجامع و ظاهر غیرها:

المده المضروبه بعد الترافع لا من حین الإیلاء، بل فی المسالک هو المشهور، بل عن الأول دعوی الإجماع علی ذلک، لأن ضرب المده إلی الحاکم، و لما

عن تفسیر العیاشی عن العباس بن هلال (۱)عن الرضا علیه السلام «ذکر لنا أن أجل الإیلاء أربعه أشهر بعد ما یأتیان السلطان»

و حسن أبی بصیر(۲)المروی عن تفسیر علی ابن إبراهیم عن الصادق علیه السلام «و إن رفعته إلی الامام أنظره أربعه أشهر، ثم یقول له بعد ذلک: إما أن ترجع إلی المناکحه و إما أن تطلق، فان أبی حبسه أبدا»

و للمروی عن قرب الاسناد عن البزنطی (۳)عن الرضا علیه السلام «أنه سأله صفوان و أنا حاضر عن الإیلاء، فقال: إنما یوقف إذا قدمته إلی السلطان، فیوقفه السلطان أربعه أشهر ثم یقول له: إما أن تطلق و إما أن تمسک»

و خبر أبی مریم (۴)المتقدم سابقا عن أبی عبد الله علیه السلام «عن رجل آلی من امرأته، قال: یوقف قبل الأربعه أشهر و بعدها».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإیلاء الحدیث ۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإیلاء الحدیث ۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإیلاء الحدیث ۵.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإیلاء الحدیث ۳ راجع التعلیقه ۵ من ص ۳۱۱.

و لکن مع ذلک فیه تردد مما سمعت و من عموم الآیه(۱)و الأخبار(۲)و الأصل و الحکمه، لأن الأربعه غایه صبرها، و انسیاق ابتدائه من الإیلاء و غیر ذلک، بل عن القدیمین التصریح بأنه من الإیلاء، بل هو خیره الفاضل فی المختلف و ولده فی الشرح، بل جزم به فی المسالک، لترتیب التربص فی الآیه(۳)علی الإیلاء، فلا یشترط بغیره، و ل

قول الصادق علیه السلام فیما تقدم من حسن یزید بن معاویه(۴): «لا یکون إیلاء إلا إذا آلی الرجل ألا یقرب امرأته و لا یمسها و لا یجمع رأسه و رأسها، فهو فی سعه ما لم تمض الأربعه أشهر، فإذا مضت الأربعه أشهر وقف، فاما أن یفی ء و إما أن یعزم علی الطلاق»

و نحوه حسن الحلبی (۵)و أبی بصیر(۶)عنه علیه السلام.

مضافا إلی منع احتیاج المده إلی الضرب، بل هو مقتضی الحکم الشرعی الثابت بالایه(۷)و

الروایه(۸)المرتب علی مضی المده المذکوره من حین الإیلاء، و إثبات توقفها علی المرافعه یحتاج إلی دلیل، و هو منتف و هذا الدلیل أخرجه عن حکم العدم الأصلی، کما أن أصاله عدم التسلط قد انقطعت بالإیلاء المقتضی له بالایه(۹)و الروایه(۱۰)و الإجماع.

إلا أن ذلک کله کما تری مناف لأصول المذهب و قواعده التی منها العمل

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸ و ۹- من أبواب الإیلاء.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۶.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الإیلاء الحدیث ۱ عن برید بن معاویه.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الإیلاء الحدیث ۱.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الإیلاء الحدیث ۱.

۷- ۷ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۶.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۸ و ۹- من أبواب الإیلاء.

۹- ۹ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۶.

۱۰- ۱۰ الوسائل الباب- ۸ و ۹- من أبواب الإیلاء.

بالنصوص (۱)المزبوره المعتضده و المنجبره بما سمعت، بل قد يدعى انسياق كون ذلك من أعمال السلطان، و الآيه و الروايه تعليم لذلك، نحو

قوله صلى الله عليه و آله و سلم(۲): «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

و نحوها مما هو ميزان للحكم و كيفيه لعمل الحاكم.

[المسأله السابعه الذميان إذا ترافعا كان الحاكم بالخيار]

المسأله السابعه:

الذميان إذا ترافعا إلينا كان الحاكم بالخيار بين أن يحكم بينهما بمقتضى شرعنا، لعموم الأدله، و لأنهم مكلفون بالفروع، و

لقوله تعالى (۳)«لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِما أَراكَ اللَّهُ» و بين ردهما إلى أهل نحلتهما لإقرارهم عليها المقتضى لجواز الإعراض عنهم فى ذلك، لقوله تعالى (۴)«فَإِنْ جاؤُكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ» و دعوى أنها منسوخه بقوله تعالى(۵):

«وَ أَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللَّهُ» كما عن بعض العامه لم نقف على شاهد لها، مع أن النسخ خلاف الأصل و الاعراض عنهم من الحكم بينهم بما أنزل الله، نعم قد يقال: إن الاعراض عنهم غير الأمر لهما بالرجوع إلى أهل نحلتهما الذى هو من الباطل، فلا يؤمر به، و إقرارهم عليه غير الأمر بالرجوع إليه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸ و ۹- من أبواب الإيلاء.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۱ من كتاب القضاء و فيه« البينه على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه».

۳- ۳ سوره النساء: ۴- الآيه ۱۰۵.

۴- ۴ سوره المائده: ۵- الآيه ۴۲.

۵- ۵ سوره المائده: ۵- الآيه ۴۹.

[المسأله الثامنه فئه القادر غیبوبه الحشفه فی القبل]

المسأله الثامنه:

فئه القادر علی الجماع عقلا و شرعا غیبوبه الحشفه فی القبل الذی هو المحلوف علیه بلا خلاف أجده فیه، بل فی السرائر و الغنیه و متشابه القرآن لابن شهراشوب أن المراد بالفی ء فی الکتاب العزیز(۱)العود إلی الجماع بالإجماع، مضافا إلی ظاهر النصوص (۲).

و أما فئه العاجز عقلا- و شرعا کما عرفت ف إظهار العزم علی الوطء مع القدره بأن یقول أو یکتب أو یشیر إشاره مفهمه، و یمهل إلی زوال عذره. و لو طلب الإمهال مع القدره أمهل ما جرت العاده به، کتوقع خفه المأکول منه إن کان شبعانا أو الأکل إن کان جائعا أو الراحه إن کان متعبا و السهر و الانتباه إن کان نائما و ما قضی الشرع بإمهاله، کالفراغ من الصوم و الصلاه و الإحرام، و لا یتقدر ذلک و نحوه بیوم أو ثلاثه عندنا، خلافا لبعض العامه، فقدر بثلاثه، و لا دلیل علیه، فالمتجه فیه الرجوع إلی العرف و العاده فی أمثاله.

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الإیلاء و الباب- ۸- منها الحدیث ۷ و الباب- ۱۰- منها الحدیث ۱.

[المسأله التاسعه إذا آلى الحر من الأمه ثم اشتراها و أعتقها و تزوجها لم يعد الإيلاء]

المسأله التاسعه إذا آلى الحر من الأمه ثم اشتراها و أعتقها و تزوجها لم يعد الإيلاء، و كذا لو آلى العبد من الحره ثم اشترته و أعتقته و تزوج بها بلا خلاف و لا إشكال، ضروره كون العنوان تحريم ما حل بالزوجيه، فمع فرض انتفائها ينتفى موضوع الحكم و إن عاد بعد ذلك بسبب جديد، و عوده بالرجعه بالطلاق إنما هو لبقاء الحل حينئذ بالتزويج السابق.

و من ذلك يعلم الحل فى المثال الأول بمجرد الشراء، لأن الوطء بالملك حينئذ، و هو بسبب جديد غير التزويج، فلا يتوقف على العتق و التزويج، نعم هو كذلك فى المثال الأخير، لأنها لا- تباح له بالعقد و هو مملوك لها و إن كان التحريم قد زال بالشراء، لزوال العقد كما زال بالطلاق و إن لم يفرض تزويجه لها، و تظهر الفائده لو وطأها قبل العقد بشبهه أو حراما، فإنه لا كفاره، لزوال حكم الإيلاء لزوال الزوجيه، كما هو واضح.

[المسأله العاشره إذا قال لأربع: و الله لا وطأتكن لم يكن مؤليا فى الحال]

المسأله العاشره التى قال فى المسالک: «إنها مسأله شريفه كثر اعتناء الفضلاء ببحثها و الخلاف فيها و فى أقسامها» و هى إذا قال لأربع: و الله لا وطأتكن مريدا بذلک مجموعهن لا كل واحده منكن و لو بالقرينه لم يكن مؤليا فى الحال عندنا، بمعنى عدم ظهور ترتب اليمين فى الحال، لعدم الحنث بوطء الثلاث الذى هو ليس مصداقا لوطئهن أجمع، نعم يظهر بوطء الرابعه باعتبار تحقق الصدق حينئذ و لكن ليس عليه إلا كفاره واحده، لأنها يمين واحده متعلقها المجموع الذى كل واحده جزء مفهومه، لأن المراد من المفروض سلب العموم لا عموم السلب، و تقريب الوطء بالواحده و الثنتين إلى الحنث لا يوجب حصول الإيلاء الذى هو الحلف على ترک وطء الزوجه.

فما عن بعض العامه- من أنه يكون مؤليا منهن كلهن من حيث إن وطء كل واحده مقرب للحنث، و قد منع نفسه من وطئهن باليمين بالله تعالى، فكان مؤليا، كما لو قال: لا أطأ واحده منكن- واضح الضعف، لا لما قيل من أن تمكنه من وطء كل واحده منهن بغير حنث يدل على عدم تأثير يمينه قبل وطء الثلاث، و هو معنى قولنا: غير مؤل فى الحال، لا أن المراد به تأخر انعقاد الإيلاء حتى يكون منافيا لقاعده اقتران الأثر للمؤثر و السبب للمسبب، بل هو قد انعقد من حين وقوعه إلا أنه كان كيفيه انعقاده على الوجه المزبور، إذ قد يناقش بأن وطء الرابعه من حيث إنها رابعه ليست مصداقا لوطء جماعتهن قطعا فليس تحقق الحنث بها إلا باعتبار ضم وطء من سبق منهن إلى وطئها حتى يصدق وطؤهن أجمع، فيكون متعلق الإيلاء وطء الجميع، و عدم الحكم عليه قبل وطء الرابعه باعتبار عدم العلم بانضمام ما يتحقق به متعلقا للإيلاء لا ينافى الحكم بتعلقه به بعد حصول ما ينكشف به

أنه متعلق الإيلاء، بل أقصاه أنه مراعى بوطء الرابعه و عـدمه، و دعوى أن وطء الثلاث شـرط لتحقق متعلق اليمين بوطء الرابعه لا أنه من متعلقه ممنوعه، ضـروره عـدم كونهـا مصـداقا، بـل لا فرق بين وطئها و وطء الأولى فى ذلک، و إنما تحقق بها المصـداق الذى هو وطؤها و وطء غيرها، فتأمل فإنه دقيق.

بـل لأـن ذلـک و إن انكشف به الإـثم فى وطء الأولى إلا أنه لا يترتب عليه حكم الإيلاء، ضـروره أن الإثم المزبور قـد كان من جهه أن وطء الأولى جزء من مفهوم وطء المجموع الـذى هو متعلق الإيلاء، لا أنه من حيث كونه نفسه متعلقا للإيلاء، و المتيقن من الأدله أن الإيلاء الثانى لا الأول، ضـروره مخالفته الأصل، فينبغى الاقتصار فيه على المتيقن، بل إن لم يكن إجماعا أمكن منع ترتب حكم الإيلاء إذا كان متعلقه المجموع بالمعنى المزبور، فان المجموع من حيث كونه كذلک ليس زوجه و ليس من النساء اللـذين همـا و نحوهمـا عنوان حكم الإيلاـء، كما تقـدم نظير ذلک فى الطلاق و الظهار، حيث يكون متعلقهما المجموع بالمعنى المزبور، فلاحظ و تأمل، فإنى لم أجده محررا فى كلام أحد من الأصحاب.

بل منه ينقدح النظر فى كلامهم حتى قول المصـنف و غيره جاز له وطء ثلاث منهن، و يتعلق التحريم فى الرابعه، و يثبت الإيلاء، و لها المرافعه، و يضرب لها المده، ثم تقفه بعد المده إذ قد عرفت أن الرابعه و غيرها سواء فى مصداق المجموعيه، و جواز وطء الثلاـث إنمـا هو مع عـدم وطء الرابعه، و إلا انكشف تعلق التحريم بالجميع، و إلا فالرابعه من حيث نفسـها لم يتعلق بوطئها يمين فكيـف يثبت لهـا الإيلاـء و المرافعه و الضـرب و الإيقـاف، إذ هى جزء من مصـداق المجمـوع الـذى هـو متعلـق اليمين، و كـون انكشاف تحقق المصداق يحصل بوطئها لا يقتضى ترتب الأحكام المزبوره لها.

و كيـف كـان ف لـو مـاتت واحـده منهن قبـل الوطء انحلت اليمين بنـاء على توقف انعقادهـا على إمكـان حصول الحنث بهـا و الفرض تعذره هنا،

لأن الحنث لا يتحقق إلا مع وطء الجميع و قد تعذر في حق الميته، إذ لا حكم لوطئها حتى في المصاهره و نحوها إلحاقا لها بالجمادات أو لانسياق وطء الحيه في المقام.

و ليس كذلك إذا طلق واحده أو اثنتين أو ثلاثا و لو بائنا لأن حكم اليمين هنا باق فيمن بقى، لإمكان الوطء في المطلقات زنا أو حلالا و لو بالشبهه لأن الاسم يشمل الحلال و الحرام، فتثبت الكفاره حينئذ في هذه الحاله على تقدير وطء الباقيه في النكاح مع وطئهن، لتحقق الحنث و هو الحلف على وطء الزوجه، فوطء المطلقات شرط في حصول الحنث في وطء الزوجه لا لأن الإيلاء متعلق بهن، لما تقدم من أن الطلاق البائن يبطل اليمين، كذا قرره في المسالك في شرح عباره المتن، و تبعه غيره في شرح عباره الفاضل، و سبقهما إلى ذلك و إلى كثير مما ذكر هنا الفخر في شرح القواعد.

و لكن قد يناقش بأن الحلف قد وقع على ترك وطء جماعه الزوجات لا خصوص الباقيه، و لا ريب في انتفاء الموضوع، بل تعذره في طلاق الواحده فضلا عن الزياده، ضروره تعذر الحنث حينئذ كما في الميته، خصوصا بعد ما عرفت سابقا من اعتبار تعلق الإيلاء بالزوجه من حيث كونها كذلك، و لذا لو طلقها بائنا انحل الإيلاء، و لا يعود بعقدها جديدا، إذ هو سبب آخر غير الذي حرم عليه مقتضاه بالحلف.

و من الغريب قوله: «لتحقق الحنث» إلى آخره، إذ المحلوف عليه ليس ترك وطء الزوجه الباقيه، بل مجموع الزوجات الذي قد تعذر بانتفاء الموضوع و لو في إحداهن، و لو كان المراد ما يشمل المطلقه لتحقق بوطئهن زنا أو شبهه مع طلاقهن أجمع، كما هو واضح. هذا كله في الصوره الأولى.

و أما الثانيه و هي لو قال: لا وطأت واحده منكن مريدا فيها العموم البدلي تعلق الإيلاء بالجميع، و ضرب لهن المده عاجلا، لأن كل

واحده مصداق لمفهوم متعلق الإيلاء الذى هو مطلق الواحده، نعم لو وطأ واحده منهن حنث و انحلت اليمين فى البواقى لتحقق مفهوم الواحده التى تعلق بها الإيلاء.

و لو طلق واحده أو اثنتين أو ثلاثا كان الإيلاء ثابتا فيمن بقى لأنه مصداق للمفهوم الذى تعلق به الإيلاء.

و لو قال فى هذه أردت واحده معينه قبل قوله، لأنه أبصر بنيته مع قبول اللفظ لما ذكره و إن كان ظاهره خلافه، فاحتمال عدم القبول لاتهامه فى إخراج بعضهن عن موجب ظاهر اللفظ واضح الضعف، نعم تؤمر بالبيان، فان صدقته الباقيات فذاك، و إن ادعت غيرها أنه عناها و أنكر فهو المصدق بيمينه، فان نكل حلفت المدعيه، و حكم بكونه مؤليا عنها أيضا، و إن أقر فى جواب الثانيه أنه عناها أخذ بموجب إقراره، و طولب بالفئه أو الطلاق، و لا يقبل رجوعه عن الأولى.

بل فى المسالك «و إذا وطأهما فى صوره إقراره تعددت الكفاره و إن وطأهما فى صوره نكوله و يمين المدعيه لم يتعدد، لأن يمينها لا يصلح لإلزام الكفاره عليه» و إن كان قد يناقش بالمنع مع تعدد الكفاره بعد العلم ببطلان أحد إقراريه، لأن المفروض إراده واحده فقط و إن اختلف كلامه فى تعيينها، و ملاحظه الحكم فى الظاهر يقتضى عدم الفرق بين الإقرارين و أحدهما مع اليمين المردوده، و إن كان هو لا- معنى له باعتبار أنه تكليف شرعى يخصه و هو أعلم بتكليفه، و لا- مدخليه لإلزام الحاكم له بذلك.

و دعوى تسلطه عليه باعتبار تعلق حق الفقراء يدفعها- مع أن من خصالها ما لا تعلق للفقراء فيه، كالصوم و التحرير- أنه لا وجه لتسلطه عليه بعد العلم بأن عليه كفاره واحده، كما هو واضح، مع إمكان القول بأن الإنكار بعد الإقرار يقوم مقام الفئه، فلا يبقى للإيلاء فيها حينئذ حكم.

و لو ادعت واحده أولا أنك عينتنى فقال: «ما عينتك» أو «ما آليت عليك»

و بمثله أجاب ثانيه و ثالثه تعينت الرابعه للإيلاء.

و لو قال: «أردت واحده غير معينه» لا على جهه العموم البدلى ففى المسالك «فى كونه مؤليا وجهان مثلهما فى طلاق المبهمه، فإن قلنا به أمر بالتعيين، و يكون مؤليا قبله عن إحداهن لا على التعيين، و إذا عين واحده لم يكن لغيرها المنازعه، و فى كون المده من وقت التعيين أو من وقت اليمين إذا جعلنا مده الإيلاء من حينه وجهان مبنيان على أن الطلاق المبهم إذا عينه يقع عند التعيين أو يستند إلى اللفظ، فان لم يعين و مضت أربعه أشهر فإن أوقعنا الإيلاء من حينه و طالبته أمر بالتعيين ثم الفئه أو الطلاق، و لوفاء إلى واحده أو اثنتين أو ثلاث أو طلق لم يخرج عن موجب الإيلاء، لاحتمال أن المؤلى عنها الرابعه، و إن قال:

طلقت التى أوليت عنها خرج عن موجب الإيلاء، لكن المطلقه مبهمه، فعليه التعيين».

قلت: قد يقال بصحه الإيلاء عن المبهمه هنا و إن منعناه فى الطلاق لما سمعته من أن الإيلاء من اليمين الباقى على كيفيه الخطابات التى لا مانع من تعلقها بالواحد المطلق، لكن استظهر الكركى فى حاشيته عدم كونه مؤليا أصلا، لعدم المضاره لزوجه خاصه، إذ كل واحده تحتمل غيرها، و فيه أن المضاره تنكشف حينئذ بتعينها و لو بالقرعه، و على القول بصحته و عدم التعيين يحنث بوطء الجميع و تترتب عليه الكفاره.

و لو طلق واحده بائنه أو ماتت انحل الإيلاء، و لو ترك وطء هن أجمع حتى مضت المده كان الحق لواحده منها، فتستخرج حينئذ بالقرعه أو يرجع فيها إلى تعيينه.

و لو وطأ بعضهن و ترك الآخر حتى مضت المده أمكن القول بجعل الحق لمن ترك وطءهن، فان كانت واحده تعينت للإيلاء و إلا استخرجت بالقرعه أو بتعيينه، و أمكن القول ببقاء الحق شائعا بين الجميع، فيقرع حينئذ، فإن خرجت القرعه

لمن وطأها فى أثناء المده انحل الإيلاء، و لم يكن للأخرى إيقافه من حيث الإيلاء، بل و كذا لو قلنا بأن مرجع التعيين إليه، فيعين من وطئها فى أثناء المـده، فتأمل جيـدا، فإن المسأله غير محرره، و ربما كان فيما تقـدم فى طلاق المبهمه إشاره لبعض أحكامها، فلاحظ و تأمل.

و إن أراد الاسـتغراق اللغوى من المفروض لا العموم البـدلى- بدعوى أنه معنى عرفى للفظ المزبور، بمعنى إراده التعميم فيه بغير طريق البدل- كان الحكم فيه ما تسمعه فى الصوره الثالثه.

و لـو أطلـق اللفـظ المزبـور و لـم يعلـم إرادتـه منه ففى حمله على الواحـده المبهمه أو العمـوم البـدلى أو الشـمولى أوجه، و لعل أوسطها أوسطها.

و أما الصوره الثالثه التى هى لو قال: و الله لا وطأت كل واحده منكن مريدا منها العموم الشمولى الملحوظ فيه كل واحده واحده بطريق العموم ففى المتن و غيره كان مؤليا من كل واحـده كما لو آلى من كل واحـده منفرده لتعلق المحـذور بوطء كل واحـده منهن، و هو الحنث و لزوم الكفاره و تضـرب المـده فى الحال، فإذا مضت كان لكل واحـده منهن مطالبته بالفئه أو الطلاق و كل من طلقهـا منهن فقـد وفاهـا حقهـا و لم ينحـل اليمين فى البواقى، و كـذا لو وطأهـا قبـل الطلاـق لزمته الكفـاره و كان الإيلاء فى البواقى باقيـا لأنك قـد عرفت انحلال الفرض إلى اليمين على كل واحـده بخصوصـها على وجه لا تعلق له باليمين على اخرى. و كذا الكلام فى كل يمين تعلق على الوجه المزبور.

و قـد يقـال بالفرق بين ملاحظه الأفراد بجهه العموم و بين ملاحظه كل واحـد واحـد منها بالخصوص، فإن الأول يعـد فى العرف يمين واحـده على وجه متى حنث فى بعضـها انحـل فى الباقى بخلاف الحلف على كل واحـد بالخصوص، و لعلك تسـمع لهـذا تتمه إنشاء الله فى الأيمان و النذور إذا كان متعلقها مثل ذلك.

هذا و فى المسالك هنا أنه «يمكن أن يقال هنا كما قيل فى السابقه من أنه

إن قصد بقوله: لا أجامع كل واحده المعنى الذى قرروه اتجه بقاء الإيلاء فى حق الباقيات، و إلا كان الحكم فيها كالحكم فيما لو قـال: و الله لاـ اجـامعكن، فلاـ يحصـل الحنث و لاـ يلزم الكفـاره إلا بوطـء الجميع، و لا يكون مؤليا فى الحال على ما قرر هناك، لوجهين: أحدهما أنه إذا وطأ بعضهن كالواحده مثلا صدق أنه لم يطأ كل واحده منهن، و إنما وطأ واحده منهن، كما يصدق أنه لم يطأهن و إنما وطأ إحداهن، و ذلک يدل على أن مفهوم اللفظ واحد، و الثانى أن قول القائل: طلقت نسائى و قوله: طلقت كل واحـده من نسـائى يؤديـان معنى واحـدا و إذا اتحـد معناهمـا فى طرف الإثبات فكـذلک فى طرف النفى، فيكون معنى قوله: «لا أجامع كل واحده منكن» معنى قوله:

«لا اجامعكن» خصوصا على ما ذكره الشيخ عبد القاهر و من تبعه من أن كلمه «كل» فى النفى إذا دخلت فى حيزه بأن قدم عليها لفظا كقوله: «ما كل ما يتمنى المرء يـدركه» و قوله: «ما جاء القوم كلهم»، أو «ما جاء كل القوم» أو تقـديرا بأن قدمت على الفعل المنفى و أعمل فيها، لأن العامل رتبته التقديم على المعمول، كقولک: «كل الدراهم لم آخذ» توجه النفى إلى الشـمول خاصه لا (دون خ ل) إلى أصـل الفعـل، و أفـاد الكلاـم ثبـوته لبعض أو تعلقـه ببعض، و فى هـذا المقـام بحث، و له جـواب لاـ يليـق بهـذا المحل».

قلت: هـو على طـوله لاـ حاصـل له، ضـروره رجـوعه إلى بحث لفظى، و المراد هنـا بيـان الحكم على فرض كـون المراد العمـوم الشمولى على أن إرجاع قوله:

«لاـ اجـامعكن» إلى إراده العموم الشـمولى أولى من العكس عرفـا، و بـالجمله ذلـک بحث آخر خارج عما نحن فيه، و هو حكم الإيلاء على تقدير إراده المعنى المفروض، و الله العالم بحقائق أحكامه، و نسأله التأييد و التسديد.

ج ۳۳، ص: ۳۳۹

[المسأله الحاديه عشره إذا آلى من المطلقه الرجعيه صح]

المسأله الحاديه عشره:

إذا آلى من المطلقه الرجعيه صح بلا خلاف و لا إشكال، لما تكرر من أنها بحكم الزوجه و يحتسب زمان العده من المده بناء على أن مبدأها من حين الإيلاء، أما على القول بأنها من حين المرافعه فلا، ضروره أنه ليس لها المرافعه، لأنها لا تستحق عليه الاستمتاع، فلا يحتسب منها شى ء من العده، بل إن راجعها فرافعته ضربت لها المده حينئذ.

و كذا لو طلقها طلاقا رجعيا بعد الإيلاء و راجع فى احتساب العده من المده، و حينئذ يطالب مع فرض رجوعه و انقضائها بأحد الأمرين: الفئه أو الطلاق، لأن الزوجيه و إن اختلت بالطلاق إلا أنه متمكن من الوطء بالرجعه، فلا يكون الطلاق عذرا كالرده و إن افترقا بأن النكاح معها لا ينخرم، و الطلاق بالرجعه لا ينهدم، إلا أن هذا الفرق لا يوجب اختلاف الحكم هنا، لاشتراكهما فى التمكن من الوطء بإزاله المانع من قبل الزوج.

خلافا للمحكى عن الشيخ، فمنع من احتساب المده فيهما، محتجا بأن الطلاق رفع النكاح و أجراها إلى البينونه، بمعنى أنها فى العده فى زمان يقتضى مضيه البينونه، فلا يجوز احتساب هذه المده من مده يقتضى مضيها المطالبه بالوطء، و هو زمان التربص، لتضاد الأثرين المقتضى لتضاد المؤثرين، و كذا الرده.

و عن التحرير موافقته على انهدامها، و أنه إن راجع ضربت له مده أخرى وقف عند انقضائها، فإن فاء أو طلق و فى، فإن راجع ضربت له مده أخرى و وقف

بعد انقضائها و هكذا.

و فيه أنه منـاف لإطلاـق الكتاب (۱)و السنه(۲)بعـد فرض انـدراج المطلقه الرجعيه فى النسـاء، سواء كـانت مطلقه قبل الإيلاء أو بعده، و من هنا كان ما فى المتن لا يخلو من قوه، و أما الرده فقد عرفت البحث فيها سابقا، و أنها كالمطلقه.

۱- ۱ سوره البقره: ۲ الآيه ۲۲۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱ و غيره- من أبواب الإيلاء.

[المسأله الثانیه عشره لا تکرر الکفاره بتکرر الیمین]

المسأله الثانیه عشره:

لا تکرر الکفاره بتکرر الیمین سواء قصد التأکید أو لم یقصد أو قصد بالثانیه غیر ما قصد بالأولی إذا کان المحلوف علیه واحدا و الزمان واحدا کأن یقول: «و الله لا وطأتک و الله لا وطأتک» أو یقول: «أبدا» فیهما أو «خمسه أشهر» فیهما، لأن الیمین مبالغه فی المحلوف علیه و إنما تغایرها بتغایر المحلوف علیه، فإذا کررها علی محلوف علیه واحد فإنما زاد فی التأکید و المبالغه، و لا یجدی قصد المغایره، و الأصل البراءه من التکریر، و لأنه یصدق الإیلاء بالواحد و المتعدد علی السواء، و العمده الإجماع إن تم، کما عساه یظهر من نسبته إلی ظاهر الأصحاب فی المسالک، و إلا فلا یخلو من نظر مع الإطلاق أو قصد التأسیس، لأصاله عدم التداخل بعد ظهور تعدد السبب بتعدد الیمین، و منه یظهر الحال فی الیمین غیر الإیلاء، اللهم إلا أن یقال: إن التأکید لازم لتکراره، قصده أو لم یقصده، لأنه کتکرار الاخبار بالجمله الواحده، فإن الیمین لم یخرج عن الخطابات.

نعم لو قال: و الله لا وطأتک خمسه أشهر فإذا انقضت فو الله لا وطأتک سته أشهر أو دائما فهما إیلاءان و کذا لو قال: «و الله لا وطأتک خمسه أشهر و الله لا وطأتک سنه» و إن تداخلا فی الخمسه و انفرد الثانی بباقی السنه کما فی کشف اللثام، قال: «فیتربص به أربعه أشهر فإن فاء أو دافع حتی انقضت السنه انحلا، و لیس علیه بالفئه إلا کفاره واحده، و إن دافع حتی انقضت مده الأول بقی حکم مده الثانی، و إن طلق ثم راجع أو جدد العقد علیها و أبطلنا مده التربص

بالطلاق فان لم يبق من مده الثانى بعد الرجعه إلا أربعه أشهر أو أقل انحل الثانى أيضا، و إلا طالبته بعد التربص».

و نحوه ما فى المسالک، قال فى مفروض المسأله: «فإذا مضت أربعه أشهر فلها المطالبه، فإن فاء انحلت اليمينان، فإذا أوجبنا الكفاره فالواجب كفاره واحده أو كفارتان على ما سبق- أى من احتمال التعدد فى مطلق الإيلاء و إن اتحد مورده- و إن طلقها ثم راجعها أو جدد نكاحها فإن بقى من السنه أربعه أشهر أو أقل لم يعد الإيلاء و تبقى اليمين، و إن بقى أكثر من أربعه أشهر و لم نقل ببطلان المده عاد الإيلاء بالرجعه، و فى تجديده ما سبق».

و ظاهره كالأول حصول الإيلاء الثانى مع فرض اجتماع شرائطه مع تجديد العقد أيضا. بل هو صريح كلامه فى المسأله الاتيه، معللا له بأن الطلاق البائن إنما يحل الإيلاء الحاصل لا المتوقع.

و لكن قد يشكل ذلک فى الفرض بأنه مناف لانحلالهما بالفئه المبنى على كون المده من أول الإيلاء الأول لهما، ضروره عدم الانحلال مع فرض اختصاص المده المشتركه بالأول، و حينئذ فالمتجه انحلالهما أيضا بالطلاق البائن المقتضى لخروج الزوجه عن الزوجيه موضوعا و حكما، بل لعله كذلک أيضا المسأله الآتيه، و فرض خروجها عن الزوجيه قبل حصول وقتها لا ينافى بطلان استعداد تعلقه الحاصل باليمين الأول، و حينئذ فالأول و الثانى سواء فى الحكم المزبور، نعم لا تداخل فى الأول، بل هما إيلاءان متباينان لكل منهما حكمه.

و حينئذ ف لها المرافعه لضرب مده التربص عقيب اليمين، فإذا انقضت أربعه أشهر فإن فاء فى الخامس أو طلق وفاها حقها من الأول و بقى من الثانى.

و لو رافعته فما طل حتى انقضت خمسه أشهر فقد انحلت اليمين الأولى،

قال الشیخ: و یدخل وقت الإیلاء الثانی فله التربص أربعه أشهر إن لم یکن طلقها أو راجعها و احتسبنا العده من المده أو بقی أزید من أربعه أشهر. و أیضا فیه وجه ببطلان (و الوجه بطلان خ ل) الإیلاء الثانی لتعلیقه علی الصفه علی ما قرره الشیخ کما عرفت الکلام فیه سابقا، و بالجمله فکلامهم فی المقام لا یخلو من غبار.

[المسأله الثالثه عشره إذا قال و الله لا أصبتک سنه إلا مره لم یکن مؤلیا]

المسأله الثالثه عشره:

إذا قال: و الله لا أصبتک سنه إلا مره أو أزید أو یوما لم یکن مؤلیا فی الحال عندنا بمعنی عدم جریان حکم الإیلاء علیه فی الحال لأن له الوطء من غیر تکفیر و لکن لو وطأ العدد الذی استثناء وقع الإیلاء حینئذ بالمعنی الأعم ثم ینظر فان تخلف من المده قدر التربص فصاعدا صح إیلاء بالمعنی الأخص لحصول الحنث و الکفاره و کان لها المواقفه، و إن کان دون ذلک بطل حکم الإیلاء بالمعنی المزبور و بقی بالمعنی الأعم، خلافا للمحکی عن بعض العامه فجعله مؤلیا فی الحال، لأن الوطء الأول و إن لم یحصل به الحنث لکنه مقرب منه کما سبق، و قد عرفت ضعفه.

و لو لم یطأها فی السنه أصلا کان علیه کفاره، لأن الاستثناء من النفی إثبات، إلا أن یرید بالیمین الالتزام بعدم الزیاده علی الواحده.

و لو وطأها فی هذه الصوره و نزع ثم أولج لزمته الکفاره بالإیلاج الثانی، لأنه وطء مجدد، و فی المسالک احتمال العدم، لعد الایلاجات المتتابعه فی العرف وطأه واحده مثل الأکله، و هو کذلک مع عدم النزع.

و لو قال: «إن أصبتک فی هذه السنه فو الله لا أصبتک فیها» أو أطلق لم یکن مؤلیا فی الحال أیضا و بنی وقوعه بعد الإصابه علی جواز المعلق، بخلاف الأولی التی

عقد اليمين فيها فى الحال و استثنى وطأه واحده مثلا، و هنا علق الإيلاء على إصابتها، فلا يمين قبل إصابتها، و الله العالم و الموفق و المسدد.

إلى هنا تمت بحمد الله تعاليقنا على الجزء ۳۳ من كتاب جواهر الكلام، و هى الموسوعه الكبيره الفقهيه التى امتازت عن سائر الكتب الفقهيه بسعتها و احاطتها، و لا أنس جهود العلامه الأخ الشيخ محمد القوچانى سلمه الله حيث شاركنى فى إنجاز العمل، و أرجو من الله تعالى وحده أن يوفقنى لإتمام العمل و تحقيق بقيه الاجزاء انه سميع مجيب.

محمد القوچانى النجف الأشرف ۲۰- ع ۲- ۱۳۹۶ و تم تصحيحه و تهذيبه و ترتيبه فى اليوم الخامس عشر من شهر صفر الخير سنه- ۱۳۹۸- و الحمد لله أولا و آخرا، و ذلك بيد العبد:

السيد إبراهيم الميانجى عفى عنه و عن والديه

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ١۴٢۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفکرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

٤.CHM

٥.PDF

٦.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.


مركز القائمیه اصفهان
للبحوث والتحریات الکمبیوتریه
WWW
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٠٩